Detacheren is geen uitzenden (toch?)

Wanneer is een arbeidsovereenkomst een uitzendovereenkomst (en wanneer niet)?

Mei 2021, K.A.F. (Alexander) Kist

Inhoud

1 Inleiding 5
1.1 Aanleiding en Introductie van het onderwerp 5
1.2 Probleemstelling, onderzoeksvraag en deelvragen 5
1.3 Maatschappelijke en juridische relevantie 7
1.4 Afbakening 7
1.5 Methodologische opzet en verantwoording 7
2 Wat maakt uitzenden uitzenden? 9
2.1 Inleiding 9
2.2 Uitzenden 9
2.2.1 Rechtshistorisch perspectief 10
2.3 Europees recht: de Uitzendrichtlijn 10
2.3.1 Bedoeling van de (Europese) wetgever 10
2.3.2 Bereik (kwalificatie) 11
2.3.3 Essentie 11
2.4 Burgerlijk Wetboek 11
2.4.1 Bedoeling van afdeling 7.10.11 BW 11
2.4.2 Bereik (kwalificatie) 12
2.4.3 Essentie 14
2.5 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) 14
2.5.1 Bedoeling 14
2.5.2 Bereik (kwalificatie) 15
2.5.3 Essentie 16
2.6 Enige sleutelbegrippen 16
2.6.1 Toezicht en leiding, Gezagscriterium 16
2.6.2 Allocatiefunctie 17
2.7 Wat is *geen* uitzenden? 18
2.8 Conclusie 20
3 Omvang en consequenties van het probleem 21
3.1 Inleiding 21
3.2 Opzet mini-enquête 21
3.2.1 Vraagstelling 21
3.2.2 Beperkingen van dit onderzoek 23
3.3 De respons 23
3.4 Resultaten 24

3.4.1 Definitie van Detacheren volgens de respondenten 24
3.4.2 Andere vormen van driehoeks-arbeidsrelaties 24
3.4.3 Kwantitatieve resultaten vragen 2 en 5 25
3.4.4 Doeltreffendheid 28
3.5 Conclusie 29
4 Wat maakt detacheren detacheren? 31
4.1 Inleiding 31
4.2 Definities van detacheren 31
4.2.1 In de literatuur 31
4.2.2 In de praktijk 32
4.3 Detacheren en werkgeverschap 33
4.3.1 Het perspectief van de werknemer 33
4.4 Detacheren en gezag: tewerkstelling vs. terbeschikkingstelling 34
4.5 Detacheren en de Allocatiefunctie 35
4.6 Onderscheid ten opzichte van uitzenden 35
4.7 Conclusie 36
5 Conclusie 37
5.1 Inleiding 37
5.2 Deelvragen 37
5.3 Is het juridisch en wetshistorisch juist? 38
5.4 Nadere regeling voor het meer bestendige in- en uitlenen van personeel door detacheerbedrijven 39
5.4.1 Consequenties en voorkoming oneigenlijk gebruik 40
5.5 Slotwoord 41
Bijlage 1. Bronnenlijst 43
Bijlage 2. Vragenlijst enquête 47
Bijlage 3. Factsheet VvDN 49

1 Inleiding

In de literatuur en jurisprudentie over het arbeidsrecht is recent[1] weer veel discussie over het kwalificatievraagstuk: wanneer is een overeenkomst een arbeidsovereenkomst? Dit onderzoek ligt in het verlengde daarvan: wanneer is een arbeidsovereenkomst een uitzendovereenkomst (*en wanneer niet*)? En wat zegt dat over detachering?

1.1 Aanleiding en introductie van het onderwerp

Sinds de invoering van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1907 heeft het arbeidsrecht in Nederland een enorme ontwikkeling doorgemaakt. Er is sindsdien heel veel regulering bijgekomen, steeds vanuit de behoefte om de ongelijkheid in onderhandelingspositie tussen de werknemer - die voor zijn levensonderhoud en -geluk totaal afhankelijk was van zijn baan - en de werkgever - die destijds veel macht had - te compenseren.

Sinds de invoering van de Wet Terbeschikkingstelling Arbeidskrachten (TBA) in 1965 worden driehoeks-arbeidsrelaties, waarvan uitzenden veruit de bekendste is, apart door de wetgever gereguleerd. In 1990 werd deze regulering overgeheveld naar de Arbeidsvoorzieningswet en in 1999, met de invoering van afdeling 7.10.11, naar het BW. Naast ongelijkheidscompensatie lijkt de bedoeling van het reguleren van deze arbeidsrelaties destijds geweest te zijn om de werknemer in een positie te brengen waarin hij zelfstandig een arbeidsovereenkomst kan aangaan met de inlenende partij (de zogenoemde 'allocatiefunctie').[2]

Anno 2021 worden alle driehoeks-arbeidsrelaties als uitzendovereenkomsten gekwalificeerd. Er wordt – in elk geval in de jurisprudentie[3] – geen onderscheid (meer) gemaakt tussen terbeschikkingstelling met een 'allocatiefunctie' (uitzenden als werving- en selectie-instrument), kortdurende terbeschikkingstelling als invulling voor 'ziek en piek' (traditioneel uitzenden) en niet-kortdurende terbeschikkingstelling als 'functievervulling' (detacheren). Uitzendbureaus en detacheerbedrijven worden zo met elkaar gelijkgesteld.

1.2 Probleemstelling, onderzoeksvraag en deelvragen

Voor detacheerbedrijven levert dit een lastige spagaat op. Ondanks dat ze geen gebruik maken van de faciliteiten van art. 7:691 BW en daar ook geen behoefte aan hebben, zijn ze wel gehouden aan de regulering die vooral gericht is op het beschermen van werknemers waarop die faciliteiten van toepassing zijn, zoals afd. 7.10.11 BW en bijvoorbeeld de Waadi[4] en de uitzendcao.[5]

In de uitzendcao worden werkgever en werknemer respectievelijk 'uitzendonderneming' en 'uitzendkracht' genoemd, hetgeen indicatief is voor het soort arbeidsrelatie dat de partijen bij deze cao ermee beogen te reguleren. Veel cao-bepalingen zijn voor detacheerbedrijven minder passend.

Illustratief voor de problemen waar detacheerbedrijven zich mee geconfronteerd zien, is de inlenersbeloning: hoewel zij het merendeel van de personeelsleden (die ze bij opdrachtgevers detacheren) in

---

[1] Heel actueel is Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, *AR-Updates.nl* 2021/0171 m.nt. J.H. Bennaars.
[2] Vgl. onder meer kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 10 en 6, p. 16.
[3] Vooral HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *NJ* 2017/370 m.nt. E. Verhulp, *TRA* 2017/8 m.nt. D.J. Buijs, *JAR* 2016/286 m.nt. E. Knipschild (*Stipp/Care 4 Care*), maar ook bijvoorbeeld HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757, *NJ* 2017/371 m.nt. E. Verhulp.
[4] Wet van 14 mei 1998, houdende regels voor de niet-openbare arbeidsbemiddeling en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs), Stb. 1998/306.
[5] CAO voor Uitzendkrachten 2019–2021, versie januari 2021. Hierna ook 'uitzendcao' of 'abu cao'. Omdat hij algemeen verbindend is verklaard, is de uitzendcao (ook) van toepassing op vrijwel alle detacheerbedrijven.

vaste dienst hebben, moeten zij op grond van art. 8 lid 1 Waadi en art. 16 van de uitzendcao steeds de arbeidsvoorwaarden van de inlener toepassen. Dat leidt tot steeds wisselende arbeidsvoorwaarden, afhankelijk van de arbeidsvoorwaarden van de toevallige inlener en geldend voor de duur van een detachering. Voor detacheerbedrijven wordt zo het voeren van een eigen personeelsbeleid, met een evenwichtig geheel van onderling op elkaar afgestemde arbeidsvoorwaarden, onmogelijk.

Uit het bovenstaande volgt het vermoeden dat detachering zich in veel opzichten onderscheidt van terbeschikkingstelling met een allocatiefunctie ('klassiek uitzenden'). De 'one size fits all'-benadering van alle driehoeks-arbeidsrelaties, die door de wetgever sinds het begin van dit millennium wordt gehanteerd, lijkt er niet goed op te passen. Dat leidt tot de hoofdvraag van dit onderzoek:

Is het juridisch en wetshistorisch juist dat detacheren als uitzenden wordt beschouwd, of moet de kwalificatie van de uitzendovereenkomst in art 7:690 BW worden verengd?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden zijn de volgende drie deelvragen geformuleerd. De antwoorden op deze deelvragen zijn onderdeel van het antwoord op de hoofdvraag.

1. Wat is het huidige wettelijk kader? Wat is precies het doel van de wetgever met het reguleren van driehoeks-arbeidsrelaties?
2. Wat maakt detacheren detacheren?
3. Nadere inventarisatie van de omvang en de consequenties van het probleem.

Plan van behandeling

Na dit eerste, inleidende hoofdstuk wordt in hoofdstuk 2 ingegaan op de kwalificatievraag: op grond van welke criteria wordt een arbeidsovereenkomst gekwalificeerd als uitzendovereenkomst? Ter beantwoording van deelvraag 1 wordt het huidige wettelijk kader geschetst, waarin de onderzoeksvraag wordt beschouwd. Wat maakt in juridische zin uitzenden uitzenden? Wat is het volgens de EU-uitzendrichtlijn?[6] Wat is het volgens het BW? Welke andere wet- en regelgeving is van toepassing?

In dit hoofdstuk komen ook de doelstellingen aan de orde van het wettelijk kader zoals dat er nu ligt. Wat was destijds de bedoeling van de wetgever en hoe is dat nu? Hoe wordt dat in de jurisprudentie en de literatuur geduid?

Deelvraag 3 wordt beantwoord met een klein empirisch onderzoek: het bevragen van de leden van de Vereniging van Detacheerders Nederland (hierna: VvDN) over de behoefte van 'de markt'. Hoe groot is het probleem, inhoudelijk en in (markt)volume? Leidt het niet kwalificeren van detacheringsovereenkomsten als uitzendovereenkomsten ex art. 7:690 BW tot positieve resultaten? Zo ja, wat zijn die resultaten dan (kwalitatieve analyse) en is dat te kwantificeren? De uitkomsten van deze mini-enquête en de daaruit getrokken conclusies worden gepresenteerd in hoofdstuk 3.

Vervolgens wordt in hoofdstuk 4 onderzocht hoe 'detacheren' in deze context precies gedefinieerd kan worden. Waarin onderscheidt detacheren zich van uitzenden? Waarom worden allerlei varianten van consultancy en interim (-management), maar ook traineeships, dat toch ook driehoeks-arbeidsrelaties zijn, niet gekwalificeerd als uitzenden? Is het mogelijk zonder de wetgeving te veranderen een sluitend juridisch onderscheid te maken tussen uitzenden en detacheren? Daarmee wordt deelvraag 2 beantwoord.

[6] Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (PbEU L327/9), hierna ook 'de richtlijn'.

In hoofdstuk 5 wordt, door de antwoorden op de deelvragen allemaal bij elkaar te brengen, een antwoord op de hoofdvraag geformuleerd, gevolgd door enkele aanbevelingen.

1.3 Maatschappelijke en juridische relevantie

Op de arbeidsmarkt vindt een botsing van belangen plaats: tegenover het belang van werkgevers bij zo veel mogelijk flexibiliteit, staat het belang van werknemers bij zoveel mogelijk zekerheid.

Detacheren voorziet zowel in de door werkgevers gewenste flexibiliteit (in het algemeen langlopende opdrachten met een tussentijdse opzegtermijn van 1 maand), als in de bestaanszekerheid voor de werknemers (arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, de 'algemene vorm van arbeidsverhouding' volgens de Uitzendrichtlijn).[7] De *maatschappelijke* relevantie van dit onderzoek is erin gelegen dat het niet kwalificeren van detacheren als uitzenden mogelijk (economisch en ander) voordeel oplevert voor zowel detacheerbedrijven als hun werknemers en opdrachtgevers.

Wetenschappelijk relevant is het, omdat het bijdraagt aan de aanscherping van het leerstuk[8] van driehoeks-arbeidsverhoudingen, terwijl de specifieke *juridische* relevantie hem erin zit dat het kan bijdragen aan het verbeteren van de 'trefzekerheid' van de arbeidswetgeving in Nederland.

1.4 Afbakening

Dit is een politiek gevoelig onderwerp. Politieke overwegingen maken geen deel uit van dit onderzoek: het streven is om een politiek neutraal antwoord te formuleren.

Het Europese recht wordt nadrukkelijk bij het onderzoek betrokken, maar omwille van beperking van de complexiteit en het volume maakt rechtsvergelijking er geen deel van uit. Het aan driehoeks-arbeidsverhoudingen gerelateerde belemmeringsverbod,[9] blijft om dezelfde reden buiten het onderzoek.

Detacheerbedrijven en hun werknemers zijn door algemeen verbindend verklaring (AVV), dwingend onder werkingssfeer van de uitzendcao gebracht. Het is een gegeven dat vakbonden, ondanks dat zij slechts een klein en demografisch beperkt deel van alle werknemers vertegenwoordigen, toch worden beschouwd als de aangewezen partij om namens alle werknemers cao's af te sluiten. Ook detacheerbedrijven zijn bij de onderhandelingen over de uitzendcao niet als aparte partij vertegenwoordigd. Het aspect van beperkte vertegenwoordiging valt buiten de reikwijdte van het onderzoek.

1.5 Methodologische opzet en verantwoording[10]

Het onderzoek is vooral <u>interpretatief</u> van aard. Het gaat immers grotendeels om positieve analyse door interpretatie van wetteksten, wetsgeschiedenis, jurisprudentie, kamerstukken en andere literatuur. Omdat het nationale arbeidsrecht sterk is verweven met het (vaak dwingende) Europese recht wordt ook het <u>Europeesrechtelijke</u> <u>perspectief</u> onderzocht.

Een mogelijk nadeel van interpretatief onderzoek is dat het voor de onderzoeker lastig kan zijn om dat objectief en neutraal te doen. Niet uit te sluiten valt dat de mening van de onderzoeker de interpretatie beïnvloedt. Gepoogd zal worden dat effect te minimaliseren door gebruik te maken van meerdere objectieve bronnen en het voorlopig onderzoeksresultaat weer aan die bronnen te toetsen.

---

[7] Aanhef, nr. 15.
[8] M. Snel, 'De 'goede' onderzoeksopzet als succesfactor voor de juridische scriptie', *Ars Aequi*, september 2017, par. 4.2 *in fine*.
[9] Art. 6 lid 2 van de Uitzendrichtlijn en de Nederlandse implementatie daarvan in art. 9a Waadi.
[10] Terminologie ontleend aan: W.H. Boom, '*Inleiding tot de wetenschappelijke bestudering privaatrecht*', versie 2 (2016).

De formulering "*is het juist?*" in de hoofdvraag geeft deze vraag een normatief aspect: met het beantwoorden van deze vraag wordt (om met Lindenbergh[11] te spreken) gepoogd het recht 'een duwtje in de goede richting te geven'. Het benodigde beoordelingskader wordt gevonden in het antwoord op deelvraag 1 en meer specifiek in de bedoeling van de wetgever met het reguleren van driehoeks-arbeidsrelaties.

Verbreding

De noodzakelijke verbreding wordt bereikt door ter beantwoording van de derde deelvraag een klein, empirisch onderzoek te doen onder de leden van de branchevereniging van detacheerbedrijven, de Vereniging van Detacheerders Nederland (VvDN).[12] Dat onderzoek is vooral kwalitatief van aard, maar heeft met de subvraag '*hoe groot* is het probleem?' ook een kwantitatief aspect. Hoewel de VvDN een groot deel van alle detacheerbedrijven vertegenwoordigt, is de representativiteit van deze doelgroep in zijn aard beperkt. Een andere beperking van dit deel van het onderzoek is de inherente subjectiviteit van de doelgroep. Populair gezegd hebben de leden van de VvDN er 'last van' dat detacheren over dezelfde juridische kam wordt geschoren als uitzenden. Door bij de interpretatie van de resultaten nadrukkelijk met deze twee factoren rekening te houden, kan naar verwachting toch een voldoende valide beeld worden verkregen van de omvang en consequenties van het probleem.

Kwalificatie van de hoofdvraag en de deelvragen

De hoofdvraag is vooral te kwalificeren als evaluerend, maar heeft ook een voorspellend aspect: om te beoordelen of de kwalificatie van art. 7:690 BW moet worden verengd, is het zinvol om te beschrijven hoe dat er dan uit zou kunnen zien.

De eerste en derde deelvraag zijn beschrijvende, definiërende vragen. Hoe het huidige wettelijk kader eruit ziet, wordt onderzocht door middel van literatuuronderzoek en bestudering van de wet. Wat precies de omvang en consequenties van het probleem zijn, is uitgezocht door middel van een mini-enquête.
De vraag naar het doel geeft de eerste deelvraag een verklarende dimensie: 'waarom is dat zo?'. In deze deelvraag zit ook een klein stukje rechtshistorisch onderzoek besloten: waarom is de wetgever ooit begonnen met het reguleren van driehoeks-arbeidsrelaties?

De tweede deelvraag is vooral vergelijkend van aard. Wat onderscheidt detacheren van uitzenden en waarom wordt een aantal voorbeelden juist níet als uitzenden gekwalificeerd?

[11] Prof. mr. dr. S.D. Lindenbergh, onder meer in een college over dit onderwerp.
[12] Zie Bijlage 3: Factsheet VvDN.

2 Wat maakt uitzenden uitzenden?

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het juridisch kader rond driehoeks-arbeidsrelaties geïnventariseerd, en met name de kwalificatievraag: op grond van welke criteria wordt een arbeidsovereenkomst gekwalificeerd als uitzendovereenkomst? Na een algemene beschrijving van het begrip 'uitzenden', wordt uiteengezet hoe het in wet- en regelgeving wordt gedefinieerd en gereguleerd; op Europees niveau in de Uitzendrichtlijn en in Nederland in art. 1 (bereik) en 8 (regulering) van de Waadi en art. 7:690 (uitzendovereenkomst definitie en bereik) en 7:691 (verlicht arbeidsrechtelijk regime bij uitzendovereenkomst) van het BW. Daarbij wordt ook steeds onderzocht wat het doel van de wetgever was, en is, met de regulering van uitzenden en hoe dat in de jurisprudentie en de literatuur wordt uitgelegd en geïnterpreteerd.

Omdat de Uitzendrichtlijn de mogelijkheid biedt tot implementatie door/via de sociale partners, en Nederland claimt van die mogelijkheid gebruik te maken,[13] wordt waar relevant ook de uitzendcao[14] in het onderzoek betrokken.

Om het onderwerp goed af te kaderen wordt onder het kopje 'wat is *geen* uitzenden?' ook kort ingegaan op een aantal samenwerkingsvormen die in juridische zin niet kwalificeren als uitzenden.

Omdat de begrippen 'Gezag', 'Toezicht en Leiding' (par. 2.6.1) en 'Allocatie(functie)' (par. 2.6.2) een belangrijke rol spelen in de literatuur en jurisprudentie in verband met de kwalificatievraag en bij het beantwoorden van de onderzoeksvraag, worden deze begrippen in een aparte paragraaf nader uitgewerkt.

In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk wordt dit alles kort samengevat en wordt het antwoord geformuleerd op de eerste deelvraag: 'Wat is het huidige wettelijk kader? Wat is precies het doel van de wetgever met het reguleren van driehoeks-arbeidsrelaties?'.

2.2 Uitzenden

In het dagelijks spraakgebruik is een uitzendbureau een instantie waar je je kunt inschrijven als je op zoek bent naar tijdelijk werk zonder veel verplichtingen. Ondernemers gaan naar een uitzendbureau als ze min of meer direct, tijdelijk iemand nodig hebben om bepaalde werkzaamheden te verrichten. Intercedenten van het uitzendbureau (steeds vaker ondersteund door slimme software) vergelijken de vraag van de opdrachtgever met de kaartenbak van ingeschreven werknemers. Als daar geen geschikte kandidaten uit naar voren komen, wordt er geprobeerd via werving alsnog een kandidaat te vinden.

Vanuit het perspectief van de opdrachtgever hebben uitzendkrachten geen ontslagbescherming en hoeft er alleen voor betaald te worden als ze daadwerkelijk werken. Als er al sprake is van doorbetaling bij ziekte of vakantie, wordt dat door het uitzendbureau geregeld. Als de werknemer niet bevalt kan hij direct worden weggestuurd. Daarom gebruiken werkgevers ook vaak uitzendbureaus als werving- en selectiekanaal: je kunt een potentiële werknemer eerst een tijdje 'proberen' als uitzendkracht. Dit heeft er weer toe geleid dat werkzoekenden zich ook inschrijven bij uitzendbureaus als ze op zoek zijn naar vast werk. Zodoende is een redelijk efficiënt systeem ontstaan voor het bij elkaar brengen van

[13] Zie bijvoorbeeld kamerstukken 2010/11, 32895, 3, pag. 6.
[14] Cao voor Uitzendkrachten 2019–2021, versie januari 2021.

de vraag en het aanbod van zowel tijdelijk werk (soms wel aangeduid met 'ziek en piek') als van vaste banen. Dit wordt de *allocatiefunctie* van uitzenden genoemd.

Er kunnen ook andere redenen zijn voor een opdrachtgever om werknemers niet zelf in dienst te nemen, zoals bijvoorbeeld het uitbesteden van de 'personeelssores' (payrolling). Alle arbeidsrelaties waar sprake is van een werknemer, een werkgever en een opdrachtgever worden driehoeks-arbeidsrelaties genoemd.

In juridische zin worden driehoeks-arbeidsrelaties onder de noemer van 'uitzenden' op Europees niveau, gebaseerd op het beginsel van gelijke behandeling, gereguleerd via de Uitzendrichtlijn. De Nederlandse implementatie daarvan is te vinden in de Waadi.[15] Op nationaal niveau is er daarnaast afdeling 7.10.11 van het BW. In de Uitzendrichtlijn en het BW wordt daadwerkelijk de term 'uitzenden' gebruikt, in de Waadi niet.

2.2.1 Rechtshistorisch perspectief

Vanuit de behoefte om te kunnen sturen op de arbeidsmarkt, met name om ontwijking van de bescherming van werknemers via deze route tegen te gaan, reguleert de overheid al sinds het begin van de twintigste eeuw terbeschikkingstelling van arbeidskrachten (dat destijds vooral in verband werd gezien met arbeidsbemiddeling). De Arbeidsbemiddelingswet uit 1930 en de Wet Terbeschikkingstelling Arbeidskrachten (1965) zijn in 1990 opgegaan in de Arbeidsvoorzieningswet, die pas in 2002 helemaal is vervallen.

De oorsprong van de huidige afdeling 7:10:11 BW (1 januari 1999) en de Waadi is te vinden in de Nota Flexibiliteit en Zekerheid uit 1996,[16] houdende een advies van de Stichting van de Arbeid (STAR)[17] naar aanleiding van het bereikte akkoord in de Stichting, dat ook wel het Akkoord van Haarlem, het Uitzendconvenant of het Keukentafelakkoord wordt genoemd.

2.3 Europees recht: de Uitzendrichtlijn[18]

2.3.1 Bedoeling van de (Europese) wetgever

De huidige Uitzendrichtlijn dateert uit 2008 en is een voortvloeisel van initiatieven, regels en richtlijnen met betrekking tot de bescherming van werknemers met tijdelijke- en uitzendcontracten sinds de jaren '80 van de vorige eeuw. De totstandkoming ervan is een zeer moeizaam onderhandelingsproces geweest.

De Europese wetgever wil dat arbeidsovereenkomsten van onbepaalde tijd de norm zijn.[19] Zijn bedoeling met de Uitzendrichtlijn is om flexibiliteit en zekerheid (beter) te combineren door enerzijds beperkingen bij niet-grensoverschrijdende inzet van uitzendkrachten[20] weg te nemen als die niet bijdragen aan de bescherming van de werknemers, en anderzijds werknemers met flexibele arbeidsverhoudingen een gelijke behandeling te garanderen met vergelijkbare werknemers van de opdrachtgever.

De doelstelling van de Uitzendrichtlijn is om '*op communautair niveau een geharmoniseerd beschermingskader voor uitzendkrachten te creëren*',[21] '*[….] teneinde bij te dragen tot de schepping van*

[15] Wet van 14 mei 1998, houdende regels voor de niet-openbare arbeidsbemiddeling en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs), Stb. 1998/306.
[16] Kamerstukken II 1995/96, 24543, 1-2.
[17] STAR Publ. nr. 2/96.
[18] Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (PbEU L327/9), hierna ook 'de richtlijn'.
[19] Considerans, nr. 15.
[20] Voor grensoverschrijdende detachering is er de detacheringsrichtlijn: Richtlijn 96/71/EG.
[21] Considerans nr. 23 en art. 2.

werkgelegenheid en de ontwikkeling van flexibele arbeidsvormen'.[22] Het gaat hier om een minimum (bodem-)niveau; zolang dit niet in conflict komt met ander EU-recht mag in het voordeel van de werknemer worden afgeweken.[23]

De implementatie van de Uitzendrichtlijn in de Nederlandse wet vindt grotendeels plaats via de Waadi, maar ook gedeeltelijk via afspraken met de sociale partners. Zie verder daarover in par. 2.5.1 over de bedoeling van de wetgever met de Waadi.

2.3.2 Bereik (kwalificatie)

De richtlijn is van toepassing[24] op werknemers (uitzendkrachten) en werkgevers (uitzendbureaus) die een arbeidsovereenkomst (of arbeidsverhouding) aangaan, teneinde de werknemer ter beschikking te stellen om onder toezicht en leiding[25] van inlenende ondernemingen, daar tijdelijk te werken.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EU[26] is '*de juridische kwalificatie [van de arbeidsverhouding] naar nationaal recht en de vorm van deze verhouding, [noch] de aard van de rechtsbetrekking tussen deze twee personen*' in deze context relevant. Kort gezegd komt het erop neer dat iedereen die '*gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt*' onder de kwalificatie 'werknemer' valt. Dit onderzoek ziet alleen op werknemers die een arbeidsovereenkomst aangaan met de uitlenende werkgever.

2.3.3 Essentie

De essentie van de richtlijn wordt voor dit onderzoek gevormd door de bepaling in art. 5 (lid 1) dat voor uitzendkrachten gedurende een opdracht dezelfde essentiële[27] arbeidsvoorwaarden gelden als wanneer zij door de inlenende onderneming in dezelfde functie in dienst waren genomen, te weten (i) vakantieduur, feestdagen, arbeidstijden, pauzes, rusttijden, nachtarbeid, overuren en (ii) de bezoldiging.
Van deze regel kan door de lidstaten worden afgeweken

1. óf (art. 5 lid 2) als de werknemer in kwestie een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur heeft. De wetgever heeft deze regel in Nederland niet geïmplementeerd.
2. óf (art. 5 lid 3) bij cao. Nederland heeft deze uitzondering geïmplementeerd als art. 8 lid 4 van de Waadi.

De overige artikelen handelen over de werknemersvertegenwoordiging (ondernemingsraden e.d.) of zijn van technische en organisatorische aard. Deze zijn voor het subject van dit onderzoek niet van belang.

2.4 Burgerlijk Wetboek

Op 1 januari 1999 werd de Wet Flexibiliteit en Zekerheid van kracht. Daarmee is onder meer afdeling 11 toegevoegd aan titel 10 van boek 7 van het BW. Voor dit onderzoek zijn vooral de artikelen 7:690 en 7:691 BW van belang.

2.4.1 Bedoeling van afdeling 7.10.11 BW

In de parlementaire geschiedenis lijkt sprake te zijn van een dubbele bedoeling. Enerzijds is er in de Memorie van Toelichting bij de invoering van art. 7:690 BW sprake van dat het er vooral om gaat de

[22] Art. 2, *in fine*.
[23] Art. 9.
[24] Art. 1.
[25] Zie ook par. 2.6.1: 'Toezicht en leiding'.
[26] Vgl. HvJ EU, 17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883, *AR Updates* 2016/1322 (*Ruhrlandklinik*) en HvJ EU 11 november 2010, ECLI:EU:C:2010:674 (*Danosa*).
[27] Art. 3 lid 1, onder f.

allocatieve functie van uitzenden (dat werkzoekende en werkgever aan elkaar worden gekoppeld)[28] te faciliteren met het verlicht arbeidsrechtelijk regime van art. 7:691 BW. Anderzijds wordt in dezelfde Memorie van Toelichting duidelijk gesteld dat het de bedoeling is dat het bereik van de regeling zich uitstrekt tot '*alle [andere] driehoeks-arbeidsrelaties waarbij de werknemer in de uitoefening van het bedrijf of beroep van de werkgever aan een derde ter beschikking wordt gesteld, om onder leiding en toezicht van die derde arbeid te verrichten*'.[29]

In zijn advies bij de wet Flexibiliteit en Zekerheid[30] maakt de Raad van State onderscheid tussen twee vormen van terbeschikkingstelling: uitlenen en uitzenden. '*Bij uitlenen bestaat er een voortdurende arbeidsovereenkomst met de uitlener, ongeacht of daadwerkelijk arbeid wordt verricht. Daardoor is de uitlener voortdurend loon verschuldigd en is de werknemer verplicht nieuwe werkzaamheden te aanvaarden. Bij uitzenden bestaat er alleen een arbeidsovereenkomst voor de duur van elke uitzending.*'[onderstreping KAFK].

De Raad van State vond de voorgestelde definitie van art. 7:690 BW te ruim en adviseerde om '*de nu ontworpen regeling van de uitzendovereenkomst te beperken tot de uitzendrelatie in enge zin*'[31] en eventueel een afzonderlijke regeling te treffen voor de uitleenrelatie. De minister heeft dit advies naast zich neergelegd met de constatering dat het vervullen van een allocatiefunctie dwingend vereist was voor 'toepassing van de uitzendovereenkomst'.[32] Ook bij minutieuze bestudering van de parlementaire geschiedenis[33] blijkt dat er verder bijzonder weinig aandacht is besteed aan deze kwestie en wordt niet duidelijk met welke argumentatie de minister dit besloten heeft. Er wordt bij de plenaire behandeling in de Tweede Kamer door het kamerlid Hofstra tot twee maal toe naar gevraagd,[34] maar door de minister wordt deze vraag niet inhoudelijk beantwoord. Minister Melkert volstaat met de opmerking '[…] *dat er in de wet geen verschil is tussen de beide begrippen. In het spraakgebruik lopen die door elkaar heen, want in de wet worden geen verschillende definities gegeven voor deze begrippen. Dat is dus weer een probleem minder*.'[35] Hoewel dit naar objectieve maatstaven een cirkelredenering is, en in feite geen antwoord op de vraag, laat kamerlid Hofstra het erbij zitten.

Bij de behandeling in de Eerste Kamer[36] wordt zelfs opgemerkt dat het wetsvoorstel, populair gezegd, onvoldoende juridisch onderbouwd is, hetgeen door de minister overigens wordt ontkend.

Zo is er een hele ruime definitie in de wet terecht gekomen die weliswaar de lading dekt, maar bovendien een heleboel andere zaken waarover, zo blijkt ook uit het bovenstaande, op zijn minst onvoldoende is nagedacht. Zo ook detacheren, waarover uitgebreid in hoofdstuk 4.

2.4.2 Bereik (kwalificatie)

In artikel 7:690 wordt gedefinieerd wat onder een uitzendovereenkomst (als bijzondere arbeidsovereenkomst) moet worden verstaan. Het door de wetgever beoogde bereik is veel breder dan alleen het 'klassieke' uitzenden dat wel 'ziek en piek' wordt genoemd, maar omvat volgens de Memorie van Toelichting '*ook alle andere driehoeksarbeidsrelaties, waarbij de werknemer in de uitoefening van het bedrijf of beroep van de werkgever aan een derde ter beschikking wordt gesteld, om onder leiding en toezicht van die derde arbeid te verrichten*'. De wetgever beoogt hiermee te komen tot '*een uniforme*

[28] Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 33 onder 'Onderdeel AC'.
[29] Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 8.
[30] Kamerstukken II 1996/97, 25263, B.
[31] Kamerstukken II 1996/97, 25263, B, p. 9.
[32] Kamerstukken II 1996/97, 25263, B, p. 9.
[33] Onder meer Handelingen II 1997/98, 15, p. 1101-1134, 18, p. 1352-1372, 22, p. 1668-1687, 25, p. 1912-1915.
[34] Handelingen II 1997-1998, 15, p. 1116 en nogmaals in nr. 22 op p. 1673.
[35] Handelingen II 1997-1998, 22, p. 1684.
[36] Handelingen I 1997/98, 29, p. 1508 – 1526.

wettelijke regeling voor de vele onder verschillende benamingen in de praktijk voorkomende vormen van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, zoals: uitzenden, uitlenen, detacheren, of te werk stellen in het kader van een arbeidspool.' [37]

Er is inmiddels geen twijfel meer over[38] dat een uitzendovereenkomst een arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau volgens de definitie van art. 7:610 BW behelst. De constitutieve vereisten voor het bestaan van een uitzendovereenkomst zijn dus gestapeld:

- **Arbeid** (art. 7:610 BW):
  Er moet een overeenkomst zijn gesloten krachtens welke er op de werknemer een arbeidsverplichting rust, maar dat hoeft niet onmiddellijk te zijn (vgl. oproepcontracten) en het is niet vereist dat er daadwerkelijk arbeid wordt uitgevoerd (bijv. bij ziekte of vakantie, maar ook bij 'leegloop' blijft de arbeidsovereenkomst in stand). Cruciaal in de context van een uitzendovereenkomst is hier het verlichte regime van art. 7:691 BW: het uitzendbeding maakt juist op deze regel een uitzondering.
- **Loon** (art. 7:610 BW):
  In de overeenkomst moet zijn vastgelegd dat een tegenprestatie voor de arbeid is verschuldigd. De hoogte van het loon kan op grond van art. 7:618 BW (desnoods achteraf) worden vastgesteld.
- In dienst van (**Gezag**) (art. 7:610 BW):
  In het geval van een uitzendovereenkomst is een deel van het werkgeversgezag (de instructiebevoegdheid) gedelegeerd aan de opdrachtgever. Dat is voor dit onderzoek zeer van belang. Zie onder 'Toezicht en leiding' (par. 2.6.1).
- **Gedurende zekere tijd** (art. 7:610 BW):
  Dit criterium wordt in de praktijk allang niet meer gebruikt. Volgens de Memorie van Toelichting[39] is het niet geschrapt omdat *'het denkbaar is dat het duurelement betekenis kan hebben juist in die gevallen waarin het gezagselement weinig reliëf heeft' en 'het weglaten [er]van […] tot verstarring van de definitie [zou] kunnen leiden'.*
- In het kader van de **uitoefening van het bedrijf van de werkgever**:
  Alleen door (met) werkgevers die ter beschikking stellen als doelstelling hebben kunnen uitzendovereenkomsten worden gesloten.[40]
- Ter beschikking gesteld van een **derde**:
  De derde is de inlenende partij. Er bestaat een arbeids*relatie*, maar geen arbeids*overeenkomst* tussen de inlenende partij en de werknemer.
- Krachtens een door deze derde aan de werkgever **verstrekte opdracht**:
  Ten behoeve van een duidelijk onderscheid met bijvoorbeeld de aannemingsovereenkomst,[41] is tussen de derde en de werkgever een overeenkomst van opdracht ex art. 7:400 BW vereist.
- Onder **toezicht en leiding** van de derde.
  Dit criterium zien we ook bij de Waadi. Zie par. 2.6.1 'Toezicht en leiding'.

[37] Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 10.
[38] In zijn conclusie bij HR 27 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0771, *NJ* 1993/273. m.nt. P.A. Stein, geeft A-G Koopmans in randnummer 8 een mooi overzicht van de verschillende standpunten hierover in het verleden.
[39] Kamerstukken II 1993/94, 23438, 3, p. 14.
[40] Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 33-34
[41] Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 33. Zie ook par. 2.7.

2.4.3 Essentie

In artikel 7:691 BW (verlicht arbeidsrechtelijk regime) wordt aan de uitzendovereenkomst een limitatief aantal uitzonderingen toegekend op de bescherming die titel 10 biedt aan werknemers:

1. De ketenregeling van art. 7:668a BW (die via dezelfde wet Flexibiliteit en Zekerheid is ingevoerd) wordt pas na 26 weken arbeid van toepassing en verruimd tot maximaal zes overeenkomsten van bepaalde duur in maximaal 4 jaar.
2. Het zogenoemde uitzendbeding: de eerste 26 (tot maximaal 78) weken mag worden overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst eindigt als de terbeschikkingstelling eindigt (ook bij ziekte en vakantie) en de werknemer mag direct opzeggen.
3. Het artikel is van driekwart dwingend recht: de periode van 26 weken kan in beide gevallen bij cao (of door een bevoegd bestuursorgaan) worden verlengd. In de uitzendcao is dat maximaal gebeurd.[42]

2.5 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi)

De Waadi kent twee inhoudelijke hoofdstukken. Hoofdstuk 2 handelt over arbeidsbemiddeling en hoofdstuk 3 over terbeschikkingstelling van arbeidskrachten. Voor dit onderzoek is vooral hoofdstuk 3, dat onder meer strekt tot de implementatie van de Uitzendrichtlijn in Nederland,[43] relevant.

2.5.1 Bedoeling

De bedoeling van de wetgever met de Waadi is direct te lezen in de aanhef: *'[…] dat het wenselijk is de wettelijke regulering betreffende de niet-openbare arbeidsbemiddeling in een aparte wet onder te brengen, omdat dit niet meer past bij de regulering in de Arbeidsvoorzieningswet 1996, en dat de algemene vergunningsplicht voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten wordt afgeschaft, maar dat wel enige regulering op het terrein van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten dient te worden vastgelegd'.*

Hoewel de begrippen 'allocatie van arbeidskrachten' en 'intermediair' vreemd genoeg in art. 1 (begripsbepalingen) niet worden gedefinieerd, moet worden aangenomen dat wordt bedoeld dat 'allocatie van arbeidskrachten' bestaat uit 'arbeidsbemiddeling' enerzijds en 'terbeschikkingstelling van arbeidskrachten' anderzijds, en dat het bereik van deze wet is beperkt tot deze activiteiten voor zover die gebeuren door 'intermediairs'. Dit is belangrijk omdat over het vereiste van een 'allocatiefunctie' veel discussie is gevoerd. Zie ook onder 'Allocatiefunctie' (par. 2.6.2).

De term 'intermediair' komt buiten de Waadi in de Nederlandse wetgeving verder niet voor. Volgens de Van Dale is een intermediair een 'bemiddelaar', een tussenpersoon. Bemiddeling wordt in art. 7:425 BW gedefinieerd via de bemiddelingsovereenkomst, een bijzondere vorm van de overeenkomst van opdracht. Om een bemiddelingsovereenkomst te zijn, moet een overeenkomst van opdracht voldoen aan het vereiste '*[…] bij het totstandbrengen van een of meer overeenkomsten tussen de opdrachtgever en derden*'. In art. 62 WvK wordt het begrip 'tussenpersoon' gedefinieerd als een (natuurlijke dan wel rechts-) persoon die zich <u>beroepsmatig</u> bezighoudt met '*het verlenen van bemiddeling bij het totstandbrengen en het sluiten van overeenkomsten in opdracht en op naam van personen tot wie hij niet in een vaste dienstbetrekking staat*'. Ook uit het zeer recente *Booking.com-arrest*[44] blijkt dat het bij bemiddeling gaat om het tot stand komen van overeenkomsten 'in de uitoefening van het bedrijf' van de opdrachtnemer. Op basis van het voorgaande kan een organisatie die zich niet beroepsmatig bezighoudt met het tot stand doen komen van een of meer overeenkomsten tussen de inlener en de werknemer dus niet worden gekwalificeerd als een 'intermediair'. Omdat de frase 'door

[42] Uitzendcao versie januari 2021, art. 10 en 12.
[43] Kamerstukken II 2010/11, 32895, 3.
[44] HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, *AR Updates* 2021/429 (*Booking.com*).

intermediairs' echter alleen in de titel van de Waadi voorkomt en verder nergens in de tekst, kunnen daar geen definitieve conclusies aan worden verbonden over de bedoeling van de werkgever met betrekking tot het bereik van deze wet.

Interessant in de context van dit onderzoek is dat, op het gebied van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, de bedoeling van de Nederlandse wetgever uit de pas lijkt te lopen met die van de Europese wetgever. Hoewel volgens de Uitzendrichtlijn[45] '*[…] voor werknemers die aan het uitzendbureau gebonden zijn door een overeenkomst voor onbepaalde tijd […] in de mogelijkheid [dient] te worden voorzien om af te wijken van de regels die in de inlenende onderneming gelden*', ziet de Nederlandse regering geen aanleiding om dat in de wet op te nemen, mede omdat '*al voorzien is in de mogelijkheid om [dit] bij cao [te regelen]'.*[46] Daarmee wordt het risico genomen dat de sociale partners deze afspraken in bijvoorbeeld cao's, in een later stadium weer terugdraaien. Dat is bijvoorbeeld gebeurd met de uitzendcao, die oorspronkelijk een voorziening kende[47] waarmee werd voldaan aan art. 5 lid 2 van de Uitzendrichtlijn. Deze voorziening voorzag in een apart beloningsmodel voor werknemers met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur in 'fase C'. Door het schrappen van die voorziening[48] door de partijen bij de uitzendcao is de situatie ontstaan dat Nederland niet voldoet aan dat artikellid.

2.5.2 Bereik (kwalificatie)

In tegenstelling tot de Uitzendrichtlijn en het BW, wordt in de Waadi de term 'uitzenden' niet gebruikt. Waar art. 7:690 BW een definitie geeft van een uitzendovereenkomst, wordt in de Waadi gewerkt met het (ruimere) begrip 'ter beschikking stellen van arbeidskrachten'. In art. 1 lid 1 sub c Waadi wordt dat gedefinieerd als '*het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, verrichten van arbeid*'. In lid 3 wordt daarop een drietal uitzonderingen gemaakt, te weten (a) ten behoeve van een geleverde zaak of tot stand gebracht werk, (b) bij wijze van hulpbetoon zonder winstoogmerk of (c) als het, kort gezegd, binnen een concern van bedrijven plaatsvindt.[49]

De constitutieve vereisten voor toepasselijkheid van de Waadi in het geval van terbeschikkingstelling van arbeidskrachten zijn dus:

1. Tegen **vergoeding**: 'ieder economisch voordeel dat de inlener aan de uitlener verschaft',[50] een winstoogmerk is niet vereist.
2. Aan een **ander**: een natuurlijk- of rechtspersoon, niet zijnde de 'uitlenende' partij.
3. Onder diens **toezicht en leiding**: zie par. 2.6.1 'Toezicht en leiding'.
4. Voor het verrichten van **arbeid**: aangenomen mag worden dat dit hetzelfde criterium is als bij art. 7:610 BW. Er is geen literatuur of jurisprudentie gevonden waar iets anders uit zou kunnen volgen.
5. **Anders dan** krachtens een met deze gesloten **arbeidsovereenkomst**: want dan is er sprake van arbeidsbemiddeling en zijn de daarvoor gestelde regels van toepassing.[51]

Belangrijk is op te merken dat in tegenstelling tot bij art. 7:690 BW, een arbeidsovereenkomst met de 'uitlenende' partij niet één van deze vereisten is. Alle uitzendovereenkomsten ex art. 7:690 BW vallen dus onder de Waadi, maar de Waadi heeft een groter bereik dan alleen dat. Daar is bewust voor

[45] Considerans, nr. 15.
[46] Kamerstukken 2010/11, 32895, 3, p. 6.
[47] Uitzendcao versie september 2019, art. 27 lid 4.
[48] Vgl. uitzendcao versie januari 2021.
[49] Dit is dezelfde uitzondering als art. 7:691 lid 6 BW.
[50] Kamerstukken II 1963/64, 7737, 3, p. 6.
[51] Kamerstukken II 1996/97, 25264, 5, p. 2.

gekozen omdat de Waadi 'beoogt gedragsnormen te stellen voor alle partijen die arbeidskrachten aan anderen leveren en de aard van de arbeidsverhouding tussen werknemer en de uitlenende partij daarbij niet van belang' is. Ook contracting[52] kan bijvoorbeeld onder de Waadi vallen.

2.5.3 Essentie

Hoofdstuk 3 van de Waadi omvat de artikelen 8 t/m 12a, waarvan art. 8 (gelijke behandeling) de kern vormt. Het principe volgend uit art. 8 lid 1 Waadi, de Nederlandse implementatie van art. 5 lid 1 van de Uitzendrichtlijn, wordt (onder andere in de uitzendcao) de 'inlenersbeloning' genoemd. Het artikellid schrijft gelijke behandeling voor met betrekking tot (limitatief):[53]

a. lonen en overige vergoedingen;
b. alle essentiële arbeidsvoorwaarden[54] die op basis van binnen de inlenende onderneming van kracht zijnde cao's of andere niet-wettelijke bepalingen van algemene strekking gelden, te weten: '*arbeidstijden, daaronder begrepen overwerk, rusttijden, arbeid in nachtdienst, pauzes, de duur van vakantie en het werken op feestdagen*'.

Mocht een vergelijking met werknemers bij de inlenende onderneming niet mogelijk zijn, dan regelt art. 8 lid 2 Waadi dat het principe van marktconformiteit wordt toegepast: de vergelijking moet dan worden gemaakt met gelijke of gelijkwaardige functies in vergelijkbare bedrijven, of in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven waarin de inlenende onderneming werkzaam is.

Art. 6 Waadi regelt dat geen onderscheid mag worden gemaakt tussen vaste en ingeleende werknemers bij de toegang tot vacatures bij de inlenende onderneming en tot collectieve voorzieningen zoals kinderopvang, kantines en vervoerfaciliteiten. Het bevat aanbevelingen voor het regelen van toegang tot opleidings- en trainingsfaciliteiten en het bevat een verbod op het belemmeren van ingeleende werknemers om bij de inlenende onderneming in dienst te treden.

2.6 Enige sleutelbegrippen

Omdat de begrippen 'Gezag', 'Toezicht en Leiding' (par. 2.6.1) en 'Allocatie(functie)' (par. 2.6.2) een belangrijke rol spelen in de literatuur en jurisprudentie in verband met de kwalificatievraag, zijn ze van belang bij het beantwoorden van de onderzoeksvraag. Daarom worden ze in deze paragraaf nader uitgewerkt.

2.6.1 Toezicht en leiding, Gezagscriterium

De wetsgeschiedenis van art. 7:690 BW, noch die van de Waadi definieert het begrip 'toezicht en leiding'. Zoals te verwachten heeft dat tot veel verwarring geleid, totdat de Hoge Raad in het veel bekritiseerde[55] Care4Care arrest[56] de knoop heeft doorgehakt met de overweging[57] dat moet worden aangesloten bij het gezagscriterium van art. 7:610 BW. Dat betekent in de praktijk dat de werkgever/contractpartij (de *uit*lener dus), een deel van het werkgeversgezag delegeert aan de *in*lener. Daar is niets nieuws onder de zon: Koopmans had dat in 1962 al eens bedacht.[58]

---

[52] Zie par. 2.7.
[53] Kamerstukken II 2010/11, 32895, 3, p. 6: '*[…] aangezien art. 5 lid 1 een limitatieve opsomming behelst, vallen andere arbeidsvoorwaarden niet onder de werking van art. 8 lid 1 Waadi*'.
[54] Vgl. Uitzendrichtlijn art. 5 lid 1 sub f, onder ii).
[55] Zie onder meer par. 2.6.2.
[56] HR 04 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *NJ* 2017/370 m.nt. E. Verhulp, *TRA* 2017/8 m.nt. D.J. Buijs, *JAR* 2016/286 m.nt. E. Knipschild (*Stipp/Care 4 Care*).
[57] R.o. 3.5.
[58] T. Koopmans, '*De begrippen werkman, arbeider en werknemer*' (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: Samsom 1962, p. 296.

In de literatuur[59] wordt wel onderscheid gemaakt tussen het *materiële* gezagscriterium: de bevoegdheid om aanwijzingen en instructies te geven over de manier waarop de werkzaamheden worden verricht, en het *formele* gezagscriterium: de mate waarin en de manier waarop de werknemer in de organisatie is ingebed.[60]

Zwemmer schrijft het in zijn dissertatie zo: *'[…]de elementen arbeid, loon en gezag zijn verdeeld over de rechtsverhouding met het uitzendbureau én over de relatie met de inlener zodat niet de rechtsverhouding tussen de uitzendkracht en de uitzendwerkgever, maar deze driehoeksverhouding in haar geheel de elementen loon, arbeid en gezag uit artikel 7:610 lid 1 BW moet bevatten.'*[61]

De lagere rechtspraak heeft op het Care4Care-arrest gereageerd door snel aan te nemen dat sprake is van toezicht en leiding door de inlener.[62]

Toch was de verwarring met het Care4Care-arrest verre van voorbij. In november 2018 zijn op verzoek van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid maar liefst 5 'position papers' geschreven[63] door 5 gerenommeerde arbeidsrechtspecialisten: J.H. Bennaars, J.P.H. Zwemmer, E. Verhulp, R.A.A. Duk en G. Boot, met als doel het verduidelijken van het gezagscriterium. Weliswaar ging het daarbij vooral om de vraag of een arbeidsrelatie een arbeidsovereenkomst is of een overeenkomst van opdracht, met andere woorden: of de werknemer kwalificeert als ZZP-er of als werknemer, maar zoals we aan het begin van deze paragraaf hebben gezien, vindt dat criterium ook toepassing bij het kwalificeren van uitzendovereenkomsten. Voor het bepalen of een arbeidsovereenkomst een uitzendovereenkomst is moet immers, aldus het Care4Care arrest, aansluiting worden gezocht bij het gezagscriterium van art. 7:610 BW.

Overigens brengt volgens A-G Hartlief, in zijn conclusie bij HR 19 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:413, *NJB* 2021/913, het gegeven dat de inlener (ook) instructies kan geven aan ter beschikking gestelde werknemers, op zichzelf nog niet met zich mee dat sprake is van toezicht en leiding in wettelijke zin.

2.6.2 Allocatiefunctie

De allocatiefunctie bestaat eruit dat '*de uitzendwerkgever een actieve rol vervult in het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid door een actieve werving van de uitzendkracht (de mogelijkheid van inschrijving als werkzoekende) en een actieve werving van inleners, waarbij de intercedenten van de uitzendwerkgever de uitzendkrachten vervolgens (na actieve bemiddeling) ter beschikking stellen aan de inlener of verschillende inleners*'.[64]

In de Memorie van Toelichting bij de WAB[65] wordt op pagina 40 een vijftal indicaties gegeven voor het bestaan van een allocatiefunctie. Daaruit kunnen de volgende constitutieve criteria voor het bestaan van een allocatiefunctie worden afgeleid:

1. De formele (uitzend)werkgever houdt zich voornamelijk bezig met het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van tijdelijke arbeid, zoals vervanging van werknemers tijdens ziekte of andere afwezigheid, het opvangen van piekuren of soortgelijke plotselinge opkomende werkzaamheden en

[59] Bijvoorbeeld E. Verhulp, 'Afdeling 7.10.11, Burgerlijk Wetboek', in: *T&C Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online), nr. 1.5.3 en Kamerstukken II 2018/19, 31311, 212, bijl. 866228 ('Beoordeling gezagsverhouding').
[60] Zie bijvoorbeeld het Imam-arrest: HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1397, *NJ* 1994/757 m.nt. P.A. Stein.
[61] J.P.H. Zwemmer, '*Pluraliteit van werkgeverschap*' (diss. UVA), Deventer: Kluwer 2012.
[62] Bijvoorbeeld Hof Den Haag 25 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1034, *JAR* 2017/169 of Hof Amsterdam 12 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3723, *JAR* 2017/267 (*Percival*).
[63] Zie voor verwijzingen Bijlage 1: Bronnenlijst.
[64] Kamerstukken II 2018/19, 35074, 3, p 34 en 39.
[65] Kamerstukken II 2018/19, 35074, 3.

2. werft en selecteert daartoe potentiële arbeidskrachten en opdrachtgevers (heeft bijvoorbeeld een vacaturesite en intercedenten in dienst die actief werven en alloceren);
3. De inlener (of een derde, niet zijnde de formele werkgever) heeft geen rol in het werven en selecteren van de arbeidskrachten;
4. De betreffende werknemers zijn niet eerder in dienst of anderszins werkzaam geweest bij de inlener (draaideurconstructie) waarbij het vorige punt van toepassing was;
5. Het betreft een tijdelijke vraag naar arbeid: de werkzaamheden/functie die door de arbeidskracht verricht moeten worden bij de inlener zijn niet structureel van aard.

De allocatiefunctie wordt in de Memorie van Toelichting bij de wet Flexibiliteit en Zekerheid genoemd als reden om het verlichte ontslagregime (art. 7:691 BW) in het Burgerlijk Wetboek op te nemen.[66] Sinds het Care4Care arrest[67] weten we dat de allocatiefunctie echter geen vereiste is voor het bestaan van een uitzendovereenkomst.

De Hoge Raad heeft ter onderbouwing van het Care4Care arrest selectief geciteerd uit de parlementaire geschiedenis. In r.o. 3.4.2 concludeert hij op basis van de toelichting bij art. 7:690 BW[68] '*[…] dat ook andere driehoeksrelaties dan de -kort gezegd- 'klassieke uitzendrelatie' onder de reikwijdte van de bepaling [zouden] vallen*', maar gaat hij eraan voorbij dat de regering in dezelfde toelichting (en later tijdens de parlementaire behandeling nog een keer)[69] heeft benadrukt dat de regeling alleen bedoeld is voor werkgevers met een allocatiefunctie.

Zoals Zwemmer treffend formuleert: *'Artikel 7:690 BW fungeert immers uitsluitend als toegangspoort naar het in artikel 7:691 BW opgenomen verlichte ontslagregime bij uitzending. Dit laatste wordt uitdrukkelijk bevestigd in het Care4Care-arrest'.*[70]

Verburg ziet dat anders. In zijn annotatie bij het Care4Care arrest[71] constateert hij dat de Hoge Raad 'ruime laat voor divergentie' in de zin dat voor de toepassing van art. 7:691 BW een allocatiefunctie vereist zou kunnen zijn, ook al is dat geen vereiste bij art. 7:690 BW. In het arrest wordt dit overigens gerelateerd aan 'nieuwe driehoeksrelaties als payrolling' en gesteld dat dat 'in de eerste plaats aan de wetgever' is,[72] die daar met de introductie van de artikelen 7:692 en 7:792a BW prompt gehoor aan heeft gegeven.

Het ziet ernaar uit dat de wetgever daarmee Verburg gelijk geeft. Kennelijk heeft art. 7:690 BW (inmiddels) een eigenstandige functie die verder gaat dan de toegangspoort van Zwemmer.

2.7 Wat is *geen* uitzenden?

Om het onderwerp goed af te kaderen wordt in deze paragraaf een aantal contract- en samenwerkingsvormen besproken die in juridische zin niet kwalificeren als uitzenden.

Wat voor namen contractpartijen er ook voor verzinnen, in het BW zijn er (limitatief)[73] drie typen overeenkomst waarbij arbeid wordt verricht tegen een geldelijke beloning: de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW), de aannemingsovereenkomst (art. 7:750 e.v. BW) en de arbeidsovereen-

[66] Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, par. 7, p. 9.
[67] HR 04 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *NJ* 2017/370 m.nt. E. Verhulp, *TRA* 2017/8 m.nt. D.J. Buijs, JAR 2016/286 m.nt. E. Knipschild (*Stipp/Care 4 Care*).
[68] Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 9-10.
[69] Kamerstukken II 1996/97, 25263, 6, p. 16.
[70] J.P.H. Zwemmer, 'Het Care4Care-arrest en de olievlekwerking van artikel 7:690 BW', *Tijdschrift voor Ontslagrecht* aflevering 1, 2017, Boom Juridisch (online), p. 35 onder 4.1.
[71] L.G. Verburg, 'De uitzendwereld na C4C: bespiegelingen over heden en toekomst', *ArA* 2017-1, p. 92 - 93.
[72] R.o. 3.4.3.
[73] E. Verhulp, 'Afdeling 7.10.11, Burgerlijk Wetboek', in: *T&C Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online), nr. 4 *in fine.*

komst (art. 7:610 e.v. BW). Met name de gezagsverhouding onderscheidt de overeenkomst van opdracht en de aannemingsovereenkomst van de uitzendovereenkomst.

Aanneming van werk (art. 7:750 BW)

Voor aanneming van werk zijn de constitutieve criteria:

1. Het werk is **van stoffelijke aard**: iets stoffelijks (een bouwwerk, auto, akker) maken, repareren, onderhouden, bewerken.
2. Het werk wordt **tot stand gebracht** en **opgeleverd**: de opdracht behelst het voltooien van het werk (i.t.t. koop) en het ter beschikking van de opdrachtgever stellen.
3. **Buiten dienstbetrekking**: het onderscheid met de arbeidsovereenkomst zit hem vooral in het gezagscriterium. Het enkele feit dat de opdrachtgever bevoegd is om aanwijzingen te geven aan de aannemer is onvoldoende voor een arbeidsovereenkomst.[74]
4. Tegen een **prijs.** In principe in geld, maar een andere tegenprestatie is niet uitgesloten (lid 2).

Overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW)

Voor een overeenkomst van opdracht zijn de constitutieve criteria:

1. Het verrichten van **diensten**: het werk is van niet-stoffelijke aard. Bijvoorbeeld het opstellen van een overeenkomst, het bijwerken van de boekhouding, het maken van een ontwerp.
2. **Niet** op grond van een **arbeidsovereenkomst:** als een overeenkomst kwalificeert als arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 BW is het geen overeenkomst van opdracht.
3. Het betreft geen aanneming van werk (art. 7:750 BW) en ook geen bewaarneming (art. 7:600 BW), behandelingsovereenkomst (art. 7:446 BW), uitgeefovereenkomst of vervoersovereenkomst.

Een tegenprestatie is bij een overeenkomst van opdracht niet vereist.

Enkele andere verschijningsvormen van overeenkomsten die juridisch geen uitzenden zijn

Contracting behelst het uitbesteden van een werk, dienst of activiteit aan een aannemer of opdrachtnemer. Contracting kent geen eigen wettelijke definitie, maar is in de praktijk altijd aanneming van werk (art. 7:750 BW) of een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW). In het geval van contracting ligt toezicht en leiding geheel bij de aannemer of opdrachtnemer, die ook resultaatverantwoordelijkheid draagt. Zie ook par. 2.6.1 'Toezicht en leiding'.

Brokering is een activiteit waarbij vraag en aanbod van zelfstandigen zonder personeel (ZZP-ers) en soms ook van werknemers van andere bedrijven, bij elkaar worden gebracht. Brokers hebben meestal geen eigen werknemers en worden in het algemeen betaald in de vorm van een opslag op het verkooptarief.

Consultancy en interim management bureaus, alsmede i**ngenieursbureaus en andere bedrijven met een specialisme** zijn ook vormen van terbeschikkingstelling van werknemers, maar die kwalificeren in het algemeen niet als uitzendovereenkomsten. Zie verder in hoofdstuk 4 'Wat maakt detacheren detacheren?'

[74] Vgl. ook A-G Hartlief, in zijn conclusie bij HR 19 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:413, *NJB* 2021/913.

2.8 Conclusie

Onder de noemer 'Wanneer is er sprake van uitzenden?', zijn in dit hoofdstuk de volgende vragen beantwoord. Wat is het huidige wettelijk kader? Op grond van welke criteria wordt een arbeidsovereenkomst gekwalificeerd als uitzendovereenkomst? Wat is precies het doel van de wetgever met het reguleren van driehoeks-arbeidsrelaties?

Bijna alle driehoeks-arbeidsrelaties vallen juridisch onder het begrip 'uitzenden'. Alleen bij aanneming van werk op grond van art. 7:750 BW en bij een overeenkomst van opdracht op grond van art. 7:400 BW is dat niet zo.

De wetgever beoogt met regulering enerzijds de allocatieve functie van uitzenden te faciliteren en anderzijds de uitgezonden werknemers te beschermen, door gelijke behandeling af te dwingen met vaste werknemers van de opdrachtgever die vergelijkbare werkzaamheden uitvoeren. Op Europees niveau wordt uitzenden gereguleerd in de Uitzendrichtlijn, die in Nederland is geïmplementeerd via de Waadi.

Om de allocatiefunctie te faciliteren is door de Nederlandse wetgever het zogenoemde 'verlicht arbeidsrechtelijk regime' als art. 7:691 in het BW opgenomen. Dat artikel van driekwart dwingend recht[75] maakt het mogelijk de ketenregeling van art. 7:668a op te rekken en via een 'uitzendbeding' de ontslagbescherming tijdelijk buiten werking te stellen.

De toegang daartoe wordt gereguleerd via art. 7:690 BW. Een uitzendovereenkomst is per definitie ook een arbeidsovereenkomst. Art. 7:690 BW bepaalt dat een arbeidsovereenkomst een uitzendovereenkomst is als de werkgever (1) in het kader van de uitoefening van zijn bedrijf, de werknemer (2) aan een derde (3) ter beschikking stelt om (4) onder diens toezicht en leiding (5) arbeid te verrichten. Het criterium 'onder toezicht en leiding' is daarbij vaak doorslaggevend. In het Care4Care arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat de allocatiefunctie geen vereiste is voor het bestaan van een uitzendovereenkomst.

Gelijke behandeling wordt geborgd met de inlenersbeloning: het mechanisme van art. 8 Waadi, waarin is bepaald dat voor ingeleende werknemers dezelfde beloning en essentiële arbeidsvoorwaarden dienen te gelden als voor vaste werknemers van de opdrachtgever die vergelijkbare werkzaamheden uitvoeren.

Omdat het in Nederland gebruikelijk is veel aan de sociale partners over te laten (en de Europese richtlijn die mogelijkheid ook biedt) is naast de genoemde wetgeving, de uitzendcao een belangrijke bron van regulering. Omdat deze cao door de minister steeds algemeen verbindend wordt verklaard, is deze van toepassing op alle arbeidsovereenkomsten die volgens art. 7:690 BW een uitzendovereenkomst zijn.

[75] Dat wil zeggen dat er bij cao van mag worden afgeweken ten nadele van de werknemer.

3 Omvang en consequenties van het probleem

3.1 Inleiding

Er is een branchevereniging van detacheerbedrijven, de Vereniging van Detacheerders Nederland (VvDN).[76] Een groot deel van alle detacheerbedrijven (en zelfstandige detacheringsonderdelen van grotere bedrijven) is lid van de VvDN. Deze vereniging is in maart 2021 onderhandelingen gestart met de werknemersorganisaties om te komen tot een aparte cao voor detacheerbedrijven. De VvDN heeft onder meer tot doel om een aparte wettelijke status voor detacheren te realiseren.[77]

De noodzakelijke verbreding voor dit onderzoek wordt bereikt door, ter beantwoording van de derde deelvraag, een klein empirisch onderzoek toe houden onder de leden van de VvDN. Is het een probleem dat detacheren juridisch als uitzenden wordt beschouwd? In hoeverre worden, vanuit het perspectief van de werkgevers[78] in de detachering, de doelstellingen van de regulering (bescherming van werknemers die in een kwetsbare of zwakke positie staan ten opzichte van werkgevers en gelijke behandeling van werknemers) bereikt?

Van die gelegenheid is gebruik gemaakt om, ter ondersteuning van de beantwoording van de tweede deelvraag (Wat maakt detacheren detacheren?), de vraag 'Wat zou volgens u de definitie van detacheren moeten zijn?' toe te voegen.

3.2 Opzet mini-enquête

Het onderzoek is vormgegeven als een mini-enquête en uitgevoerd via thesistoolspro.com. Tot 9 juni 2021 is de enquête in te zien op https://www.thesistoolspro.com/goto/detacheren.

De uitnodiging door het bestuur van de VvDN om aan de enquête deel te nemen is door het secretariaat per email en via LinkedIn verspreid onder alle leden. Enige tijd later is het LinkedIn bericht via het eigen account verder gedeeld om het bereik nog wat te vergroten.

3.2.1 Vraagstelling

Een weergave van de vragenlijst is als bijlage aan dit document toegevoegd.

Vraag 1: Vanuit welke capaciteit[79] vult u deze enquête in?

Om te kunnen bepalen vanuit welk perspectief de respondenten de enquête hebben ingevuld, is daar ten eerste naar gevraagd. Daarvoor is een meerkeuzevraag gebruikt, waarbij verplicht één antwoord moet worden gekozen en een uitweg wordt geboden door de optie 'anders namelijk'.

Vraag 2: Is het voor u een probleem dat detacheren als uitzenden wordt beschouwd?

Direct daarna is gevraagd in welke mate de respondent het als een probleem ervaart dat detacheren als uitzenden wordt beschouwd. De formulering van die vraag is met opzet zo generiek mogelijk gehouden. Voor het antwoord moet op een tien punten schaal worden gekozen van 'Ik heb daar nauwelijks last van' tot 'Ik kan zo niet werken'.

[76] Zie Bijlage 3: Factsheet VvDN.
[77] Schrijver dezes is lid van de commissie 'lobby en wetgeving' van de VvDN.
[78] Zie verderop onder 'vragen 6 en7'.
[79] Deze term is in de enquête gebruikt. Bedoeld wordt 'vanuit welk standpunt, welk perspectief is de enquête ingevuld; wat is de achtergrond van de respondent?'.

Vraag 3: Wat zou volgens u de definitie van DETACHEREN moeten zijn?

Vervolgens kregen de respondenten de, op art 7:690 BW gebaseerde 'juridische definitie van uitzenden' voorgelegd, met daarbij de vraag wat volgens hen de definitie van detacheren dan zou moeten zijn. Deze vraag is bedoeld ter ondersteuning van de beantwoording van deelvraag 2 (wat maakt detacheren detacheren?). De antwoorden zijn gebundeld en het resultaat daarvan is te vinden in hoofdstuk 4.

Vraag 4: Andere vormen van driehoeks-arbeidsrelaties

Daarna is de respondenten gevraagd naar voorbeelden van driehoeks-arbeidsrelaties waarbij in essentie wel voornamelijk werknemers ter beschikking worden gesteld aan opdrachtgevers, maar kennelijk de uitzendcao, Stipp,[80] en/of de inlenersbeloning niet worden toegepast. Daarbij is ook gevraagd op welke gronden dat volgens de respondent wordt gebaseerd en of daar procedures over gevoerd zijn.

Vraag 5: Afweging voordelen en nadelen regulering

Dat detacheren als uitzenden wordt beschouwd, brengt voor de detacheerder een aantal rechten en plichten met zich mee. In vraag 4 van de enquête is de respondenten gevraagd voor een achttal generiek geformuleerde 'rechten en plichten' aan te geven in hoeverre deze vanuit het perspectief van de detacheerder zorgen voor een voordeel, dan wel een belemmering bij detachering. Daarnaast kon de respondent zelf maximaal twee voor- of nadelen toevoegen en van een score voorzien. Hier is een negen punten schaal gebruikt waarbij 1 staat voor het grootst mogelijke voordeel en 9 voor het grootst mogelijke nadeel. Keuze 5 is dus neutraal.

Om de resultaten zo zuiver mogelijk te houden is bij deze vraag specifiek aangegeven dat het niet gaat over payrolling in de zin van art 7:692 BW.

Vragen 6 en 7: Doeltreffendheid

Tot slot is er een tweetal vragen gesteld over de doeltreffendheid van de in hoofdstuk 2 beschreven regulering, gezien vanuit het perspectief van de detacheerder: hebben de gedetacheerde werknemers er

1. behoefte aan en/of voordeel van, en zo nee waarom niet?
2. nadeel van, en zo ja wat dan?

Om ervoor te zorgen dat de verschillende respondenten deze vragen zoveel mogelijk vanuit hetzelfde perspectief beantwoorden, is deze zin aan de vraag toegevoegd: 'Deze vragen gaan over uw gedetacheerde werknemers (of de gedetacheerde werknemer(s) waar u uw antwoorden op baseert)'.

Het is natuurlijk niet ideaal om aan de werkgevers te vragen wat zij denken dat hun werknemers hiervan vinden, maar helaas is het bevragen van de werknemers zelf, vanwege de beperkte omvang van dit onderzoek, niet mogelijk. Toch kan ook de mening van de werkgevers hierover, helpen om een beeld te krijgen van de mate waarin de doelen van de wetgever met regulering worden bereikt.

Dat alleen bij de negatieve keuzes (respectievelijk 'er is geen behoefte aan' en 'ze hebben er nadeel van') om onderbouwing van het antwoord wordt gevraagd, laat zich verklaren door het feit dat de positieve keuzes het standpunt van de wetgever vertegenwoordigen, dat in hoofdstuk 2 uitgebreid is behandeld.

[80] De verplichte pensioenregeling voor uitzendbedrijven.

3.2.2 Beperkingen van dit onderzoek

Hoewel de VvDN een groot deel van alle detacheerbedrijven vertegenwoordigt, is de representativiteit van deze doelgroep in zijn aard beperkt. Een andere beperking van dit deel van het onderzoek is de inherente subjectiviteit van de doelgroep. Populair gezegd hebben de leden van de VvDN er 'last van' dat detacheren over dezelfde juridische kam wordt geschoren als uitzenden. Daar zal bij de interpretatie van de resultaten nadrukkelijk rekening mee (moeten) worden gehouden.

Benadrukt dient te worden dat deze mini-enquête geen statistisch relevante steekproef is en dat de wetenschappelijk waarde ervan dus beperkt is. Toch levert het, ter inkleuring van het antwoord op de tweede deelvraag, een mooi beeld op van hoe 'de branche' over deze onderwerpen denkt.

Zoals eerder al opgemerkt zou het natuurlijk zeer nuttig zijn geweest om ook een statistisch significant gedeelte van alle gedetacheerde werknemers in Nederland te bevragen. Dat waren er in 2017 al zo'n 135.000[81] en dat aantal is sindsdien gegroeid.[82] Door de beperkte omvang van dit onderzoek is dat helaas niet mogelijk.

3.3 De respons

De enquête is online gezet op 14 maart 2021 rond 20:00 uur. Op 16 maart is de uitnodiging per email naar alle leden van de VvDN gestuurd en op 22 maart nog een reminder. Op 17 maart is hij op LinkedIn gezet. De enquête is afgesloten op 24 maart.

In die periode hebben 115 personen de inleidende pagina van de enquête geopend, 62 zijn begonnen met invullen en 59 hebben het resultaat (online) ingeleverd. Twee responses waren onbruikbaar. Bij het verwerken van de resultaten zijn op één[83] na, al degenen die de keuze 'anders namelijk' hebben gemaakt, op basis van hun antwoord alsnog bij een van de standaard antwoorden ingedeeld.

De antwoorden zijn zo gekozen dat ze op verschillende manieren kunnen worden gegroepeerd. Op basis van de uitkomsten kunnen de volgende twee groepen worden onderscheiden.[84]

1. Ondernemer of manager van een detacheerder;
2. Juristen en respondenten met juridische kennis.

De valide responses zijn als volgt verdeeld:

Vanuit welke capaciteit vult u deze enquête in?		
Ondernemer of manager van een detacheerder, mét juridische ervaring (maar geen jurist)	**28**	49%
Ondernemer of manager van een detacheerder, zonder juridische ervaring	**13**	23%
Niet gedetacheerde specialist (geen jurist) bij een detacheerder (HR, Commercieel, etc.)	**8**	14%
Jurist met specifieke kennis van, of ervaring met driehoeks-arbeidsrelaties	**4**	7%
Gedetacheerde / ervaring met gedetacheerd worden	**4**	7%
TOTAAL RESPONDENTEN	**57**	
Subtotaal Ondernemer of manager van een detacheerder	**41**	72%
Subtotaal Juristen en respondenten met juridische kennis	**32**	56%

figuur 3-1

[81] '*De detacheringsmarkt voor professionals*', rapport in opdracht van de ABU, ABN-AMRO en PWC, Panteia, oktober 2018.
[82] Uit de VvDN Marktmonitor ('*VvDN Markt Monitor Q4 + Jaarupdate 2020*', vvdn.nl, 10 februari 2021, (online)) valt op te maken dat een grote meerderheid van de bedrijven in de sector de afgelopen 3 jaar is gegroeid in omzet én in aantal gedetacheerde werknemers.
[83] De anwoorden van die respondent waren onbruikbaar.
[84] Let op: er is dus overlap. Respondenten kunnen in beide groepen zitten.

Ondanks dat het aantal respondenten in de eerste twee categorieën (gedetacheerden en juristen) zo klein is dat maar weinig betekenis aan deze scores mag worden gegeven, zijn ze toch in de tabel opgenomen. In het geval van de gedetacheerden is dat omdat het inkleuring kan geven aan het verschil tussen de perceptie van de werkgevers aan de ene kant en de mening van gedetacheerden zelf aan de andere kant. In het geval van de juristen, omdat deze respondenten kunnen worden samengenomen (zie hierboven), maar ook vergeleken met de groep 'Ondernemer of manager van een detacheerder, mét juridische ervaring'.

3.4 Resultaten

3.4.1 Definitie van detacheren volgens de respondenten

In antwoord op vraag 3 (Wat is detacheren?) hebben alle respondenten een vorm van een definitie gegeven. Opvallend is dat 15 daarvan erop neerkomen dat er geen verschil is met de definitie van uitzenden. Daarvan zijn er 11 zelf detacheerder en 6 zijn jurist of hebben een juridische achtergrond.[85]

In veel van de antwoorden komen meerdere aspecten naar voren. In totaal is er 83 keer een aspect genoemd. Deze zijn als volgt verdeeld:

Aspecten van definitie van detacheren					
Detacheren is uitzenden	15				18%
Doorlopende opleiding en ontwikkeling door en bij detacheerder	11			13%	82%
Specialistische eigenschappen en skills / hoogwaardige arbeid	15			18%	
Vast dienstverband (waarvan 4 specifiek 'zonder uitzendbeding')	18			22%	
Helemaal onder leiding en toezicht van de detacheerder	7	11	8%	13%	
Leiding en toezicht gesplitst	4		5%		
Overig		13		16%	
- Dienstverband met opdrachtgever is niet de bedoeling	4		5%		
- Detacheerder draagt resultaatverantwoordelijkheid	3		4%		
- Detacheerder is gespecialiseerde werkgever	2		2%		
- De werknemer kiest nadrukkelijk voor een werkgever	1		1%		
- Collega professionals om te sparren	1		1%		
- Opdrachten voor langere tijd.	1		1%		
- Detacheerder zorgt steeds voor nieuwe opdrachten	1		1%		
TOTAAL AANTAL ASPECTEN	83				

figuur 3-2

3.4.2 Andere vormen van driehoeks-arbeidsrelaties

Van de respondenten geven er 36 aan één of meerdere voorbeelden te kennen van driehoeks-arbeidsrelaties waar in essentie wel voornamelijk werknemers ter beschikking worden gesteld aan opdrachtgevers, maar kennelijk de uitzendcao, Stipp, en/of de inlenersbeloning niet worden toegepast. De meerderheid geeft ook aan op welke grond dat volgens hen gebeurt. Uit de bruikbare antwoorden op deze vraag komen de volgende **voorbeelden** naar voren:

- Er is sprake van een specifiek specialistisch vakgebied (11x). Genoemd worden:
  - Apothekers,
  - ICT,
  - Accountants en Finance in het algemeen,
  - HR en Recruiting,
  - Ingenieurs(bureaus);

[85] Daar zit overlap in, zie paragraaf 3.3.

- Traineeships waar de werknemers worden opgeleid voor een specifiek specialistisch vakgebied (4x);
- Interim management en Consultancy, Advisering (18x);
- Terbeschikkingstelling met bedrijfs-cao (o.a. DPA, Welten);
- Doorlevering en bemiddeling van ZZP-ers (2x).

De **gronden** waarop men zich baseert zijn:

- Toezicht en leiding liggen bij de werkgever (uitlenende partij) en/of het ontbreken van gezag bij de inlenende partij (9x);
- Er is sprake van contracting, aanneming van werk, resultaatverantwoordelijkheid (12x);
- De klant (inlenende partij) beschikt niet over de geleverde expertise.

Behalve het bekende Care4Care arrest en procedures over dispensatie van de uitzendcao, zijn er geen voorbeelden aangedragen van **procedures** die hierover zijn gevoerd.

3.4.3 Kwantitatieve resultaten vragen 2 en 5

In de onderstaande tabel zijn de antwoorden op de vragen 2 (In welke mate is het voor u een probleem dat detacheren als uitzenden wordt beschouwd?) en 5 (Afweging voor- en nadelen) weergegeven. De kleurcodering is 'hoe roder hoe negatiever'. Bij vraag 5 is een score van 5 neutraal en zijn aspecten die als een voordeel worden ervaren gecodeerd met 'hoe groener hoe groter het voordeel'. De kolommen over vraag 5 zijn in oplopende volgorde gesorteerd: van negatief naar positief.

Kwantitatieve resultaten vragen 2 en 5										
			Vraag 5: Afweging voordelen en nadelen							
	AANTAL	Vraag 2: Detacheren = uitzenden	Inlenersbeloning	De Waadi	De uitzendcao in het algemeen	Stipp	Uitzendbeding	Niet werken / geen loon	Meer tijdelijke contracten	Doorbetalen tijdens 'bankzitten'
Gedetacheerde / ervaring met gedetacheerd worden	4	4.8	5.0	5.8	4.8	5.0	4.8	6.0	4.5	6.0
Jurist met specifieke kennis van, of ervaring met driehoeks-arbeidsrelaties	4	**6.0**	3.0	3.3	5.0	4.0	5.8	6.8	7.3	5.5
Niet gedetacheerde specialist (geen jurist) bij een detacheerder (HR, Commercieel, etc.)	8	7.8	2.5	2.1	3.5	3.3	3.6	3.8	4.3	5.3
Ondernemer of manager van een detacheerder, mét juridische ervaring (maar geen jurist)	28	6.5	2.8	3.2	3.5	3.6	3.8	4.1	5.5	5.3
Ondernemer of manager van een detacheerder, zonder juridische ervaring	13	7.5	2.9	3.2	2.4	3.0	2.5	3.5	4.2	5.4
TOTAAL / GEMIDDELD :	57	6.8	2.9	3.2	3.4	3.6	3.7	4.2	5.1	5.4
Ondernemer of manager van een detacheerder	**41**	6.8	2.8	3.2	3.1	3.4	3.4	3.9	5.1	5.3
Juristen en respondenten met juridische kennis	**32**	6.5	2.8	3.2	3.7	3.7	4.0	4.4	5.7	5.3

Figuur 3-3

Vraag 2: Is het voor u een probleem dat detacheren als uitzenden wordt beschouwd?

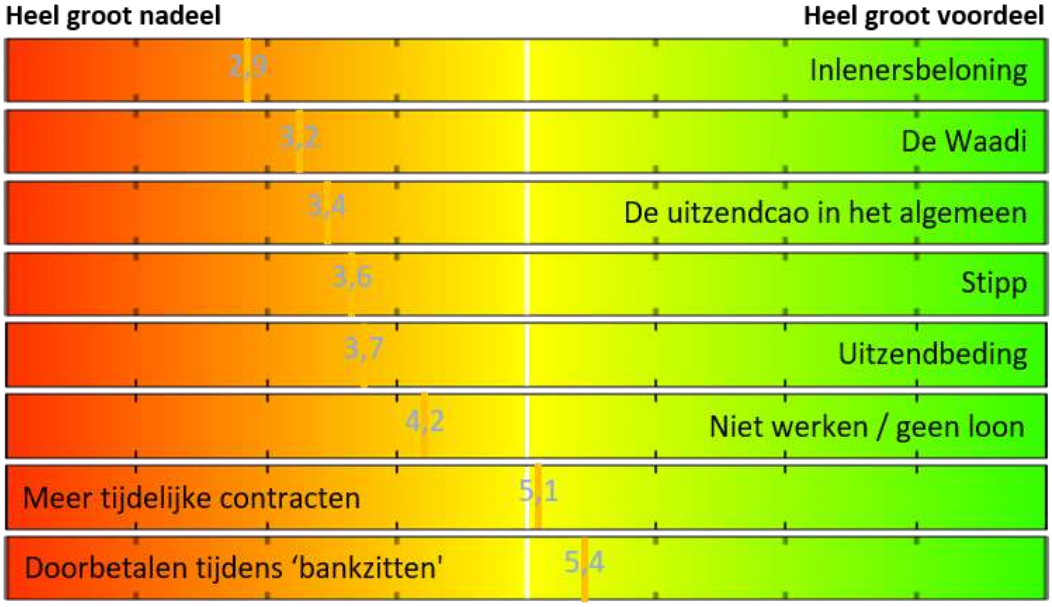
Alle respondenten vinden het een probleem dat detacheren als uitzenden wordt beschouwd.

figuur 3-4

De mínst negatieve score van 4,8 ligt zo goed als in het midden tussen 'ik heb daar nauwelijks last van' en 'ik kan zo niet werken'. Opvallend is ook dat ondernemers en managers met een juridische achtergrond het iets minder problematisch lijken te vinden dan hun niet-juridisch onderlegde collega's.

Vraag 5: Afweging voordelen en nadelen regulering

Het gaat bij deze vraag over de mening van de respondenten over hoe voor- of nadelig elk van deze 8 aspecten voor detacheerders is op een schaal van 1 tot 9 (waarbij 5 'neutraal' is).



figuur 3-5

Alleen '**Doorbetalen tijdens bankzitten'** wordt door alle groepen respondenten als een (zeer licht) voordeel beschouwd. Mogelijk komt dat omdat de werkgevers in de uitzendsector in het algemeen hun werknemers graag willen behouden, maar dat is verder niet uit de enquête op te maken.

'**Meer tijdelijke contracten**' heeft een gemiddeld vrijwel neutrale score, maar bij de verdeling over de groepen respondenten valt op dat de juridisch onderlegde groep er een licht voordeel in ziet, terwijl niet-juridisch onderlegde groepen het juist als een licht nadeel beoordelen. Dat dit aspect bij de juristen de hoogste van alle scores krijgt, zegt overigens vanwege het lage aantal respondenten in deze groep, niets.

De **inlenersbeloning** wordt gemiddeld als het nadeligst beschouwd. Geen enkele groep ervaart het als een voordeel. Van alle respondenten zijn dat er maar 8.[86] Opvallend is dat zelfs de gedetacheerden de inlenersbeloning geen voordeel vinden, al moet er wel rekening mee worden gehouden dat het maar 4 respondenten betreft. Het is niet goed verklaarbaar dat deze groep de **Waadi**, waarin de inlenersbeloning immers geregeld wordt, wel als een voordeel beschouwt en de uitzendcao, waar de inlenersbeloning in wordt uitgewerkt, weer niet. Bij de overige groepen (met uitzondering van de juristen)

[86] Dit is niet zichtbaar in de tabel.

wordt de Waadi als geheel zelfs als een groter nadeel beschouwd dan alleen de inlenersbeloning.

De **uitzendcao** wordt over het geheel genomen als fractioneel minder negatief ervaren dan de Waadi, maar geen enkele groep ziet deze cao als een voordeel voor detacheerders. Ook **Stipp** wordt door geen enkele groep als een voordeel gezien.

Het **uitzendbeding** wordt door de gecombineerde groep 'Ondernemer of manager van een detacheerder' en in iets mindere mate door de juridisch onderlegde respondenten, gekwalificeerd als nadelig. Dit zou kunnen worden verklaard door het gegeven dat de leden van de VvDN geen gebruik *mogen* maken van het uitzendbeding.[87]

Het aspect '**Niet werken / geen loon'** tenslotte, wordt gemiddeld als een behoorlijk groot nadeel gezien. Dat beide 'te kleine' categorieën respondenten deze als een voordeel kwalificeren is mogelijk te verklaren doordat zij minder dan de overige categorieën de dagelijkse operationele praktijk van een detacheerbedrijf ervaren.

Vraag 5: anders, namelijk

Bij vraag 5 (de afweging van de voor- en nadelen van regulering) kan de respondent zelf maximaal twee voor- of nadelen toevoegen en daar een score aan verbinden. Dit is in totaal 25 maal gebeurd, waarvan vijf voordelen en 20 nadelen. In de onderstaande tabel zijn deze weergegeven.

Vraag 5: Anders, namelijk	
8	flexibiliteit
8	terugverdientijd investering
8	nieuwe klanten werven
7	ontslagaanvraag als uitzendwerkgever
7	bepalingen over passende vervangende werkzaamheden
3	geen eigen juridische erkenning
3	mid lance
3	belemmering van cafetaria pakket door Uitzend CAO
3	geen erkenning voor de bijdrage aan de arbeidsmobiliteit
2	verloning op weekbasis
2	tijdelijkheid/binding
2	NEN-4400
2	door derde wordt uitzenden en detacheren 1 op 1 vergeleken
2	associatie met verkeerde soort flex
2	negativiteit rondom flex
2	kennis
1	dat overige arbeidsvoorwaarden niet meetellen
1	ondernemerschap
1	uitstraling
1	beeldvorming professionals
1	oneerlijke concurrentie
1	loonvolgend
1	geen eigen loongebouw
1	afdracht fondsen
1	gangbare pricing

figuur 3-6

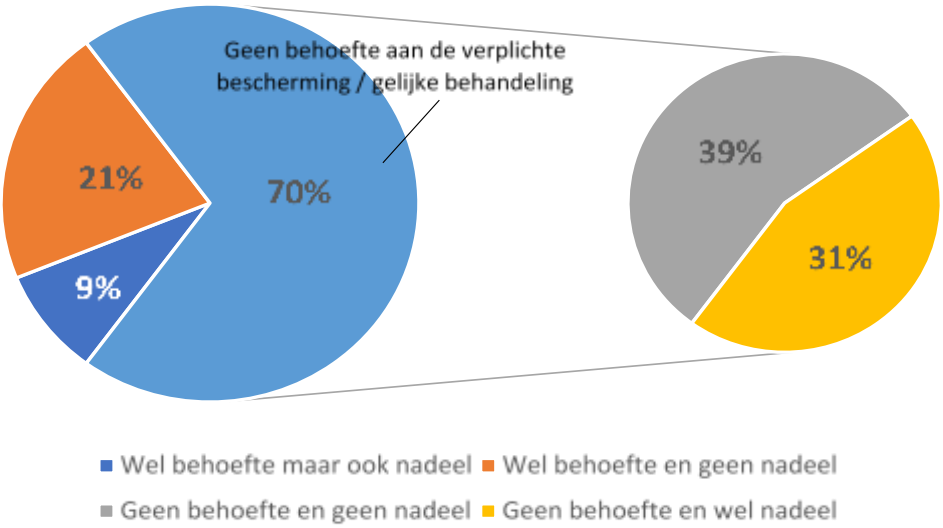
Dit levert geen opvallende nieuwe inzichten op. Het bevestigt het beeld dat, hoewel het zeker enkele voordelen oplevert dat detacheren als uitzenden wordt beschouwd, er veel meer nadelen zijn, die ook nog zwaarder wegen.

[87] Dit is een voorwaarde voor het lidmaatschap. Zie Bijlage 3: Factsheet VvDN.

Door de grote variëteit aan antwoorden wordt in elk geval duidelijk dat er geen aspect ontbreekt bij de hoofdvraag. Relatief veel van de antwoorden lijken te gaan over de relatie met de werknemers en/of de opdrachtgevers en minder over de operatie, de 'motor' van de bedrijven.

3.4.4 Doeltreffendheid

Uit de enquête blijkt dat 70% van de deelnemende werkgevers in de detacheringsbranche van mening is dat hun werknemers geen behoefte hebben aan de verplichte bescherming en/of de gelijke behandeling die de wettelijke regels beogen te bieden. Van hen denkt 31% bovendien dat hun werknemers er nadeel van ondervinden.



figuur 3-7

Van de respondenten denkt 21% dat hun werknemers wel behoefte hebben aan de thans bestaande regulering en daar ook geen nadeel van ondervinden.

De onderbouwingen bij de stelling dat gedetacheerde werknemers volgens de werkgevers geen behoefte hebben aan de regulering of er zelfs nadeel van ondervinden, zijn in een aantal clusters te groeperen. Er zijn 64 bruikbare antwoorden gegeven.

Onderbouwingen bij vragen 6 en 7		
Werknemers van detacheerbedrijven genieten bij hun werkgever al bescherming (door vaste contracten) en/of hun arbeidsvoorwaarden zijn vaak zelfs beter dan de regulering voorschrijft. Een aantal malen wordt vermeld dat de detacheerbedrijven daar ook toe gemotiveerd worden omdat ze deze schaarse werknemers aan zich willen binden.	24	38%
Ze behoren niet tot, of hebben andere behoeften dan, de doelgroep van de regulering. Zij kunnen dit (door hun maatschappelijke positie) zelf invullen. Het Stipp pensioen wordt hierbij 5 keer expliciet en nog 3 keer impliciet genoemd.	18	28%
De arbeidsvoorwaarden worden *minder* omdat voldoen aan de inlenersbeloning onnodig veel geld kost.[88]	13	20%
De ongelijkheid *neemt toe* en de bescherming *neemt af* door de regulering. Door de inlenersbeloning ontstaan ongerechtvaardigde verschillen tussen werknemers van dezelfde detacheerder en detacheerders onderling.	5	8%
Overige antwoorden. Opvallend: door het steeds wisselende loon op basis van de inlenersbeloning, kunnen gedetacheerde werknemers moeilijker financiering krijgen voor bijvoorbeeld een koopwoning.	4	6%
TOTAAL GEGEVEN BRUIKBARE ANTWOORDEN	**64**	

figuur 3-8

[88] De arbeidsvoorwaarden in de uitzendcao mogen niet op basis van de geldelijke waarde worden uitgeruild en cafetariamodellen zijn slechts beperkt toegestaan.

3.5 Conclusie

Is het een probleem dat detacheren juridisch als uitzenden wordt beschouwd? Wat zijn de voor- en nadelen daarvan en hoe verhouden die zich tot elkaar? En in hoeverre worden, vanuit het perspectief van de werkgevers in de detachering, de doelstellingen van de regulering (bescherming van werknemers die in een kwetsbare of zwakke positie staan ten opzichte van werkgevers en gelijke behandeling van werknemers) bereikt?

Op een schaal van 'Ik heb daar nauwelijks last van' (1) tot 'ik kan zo niet werken' (10) blijkt het voor de respondenten met een gemiddelde score van 6,8 een behoorlijk groot probleem dat detacheren als uitzenden wordt beschouwd.

De respondenten is onder meer gevraagd om van acht aspecten die te maken hebben met de regulering van uitzenden (en dus van detacheren), aan te geven in hoeverre op een schaal van 1 tot 9 (waarbij 5 'neutraal' is) elk aspect een nadeel of een voordeel is voor de detacheerder. Van die aspecten worden alleen 'Meer tijdelijke contracten' en 'Doorbetalen tijdens 'bankzitten'' als héle lichte voordelen beschouwd, maar eigenlijk bijna als neutraal, dus geen voordeel en geen nadeel. Alle andere genoemde aspecten zien de detacheerders als een nadeel, dus óók het uitzendbeding en 'niet werken / geen loon', die toch moeilijk anders dan als ook nadelig voor de werknemers kunnen worden gezien. Met andere woorden: niemand is er blij mee.
Het verlicht arbeidsrechtelijk regime van art. 7:691 BW bestaat feitelijk uit de aspecten 'meer tijdelijke contracten' en het uitzendbeding. Op basis van de bovenstaande uitkomsten kan geconcludeerd worden dat de detacheerbedrijven kennelijk niet of nauwelijks prijs stellen op dat regime.

Voor wat betreft de doeltreffendheid van de wettelijke regels en de uitzendcao, denkt 21% van de respondenten (voornamelijk werkgevers in de detachering)[89] dat hun gedetacheerde werknemers daar behoefte aan hebben én er geen nadeel van ondervinden. Dat, gecombineerd met het hiervoor besproken gegeven dat de werkgevers er zelf ook weinig tot geen voordelen van ervaren leidt tot de conclusie dat het voor de werkgevers in de detachering beter zou zijn als detacheren niet als uitzenden zou worden beschouwd en dat dat (in elk geval vanuit het perspectief van de detacheerders) ook voor de werknemers geldt.

[89] Zie par. 3.2.2, laatste alinea.

4 Wat maakt detacheren detacheren?

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt onderzocht hoe 'detacheren' in de context van de onderzoeksvraag precies gedefinieerd kan worden.

Eerst wordt geïnventariseerd wat er in de literatuur en in de markt zoal wordt gezegd over detacheren. Daarna wordt achtereenvolgens ingegaan op de belangrijkste aspecten van detacheren in het licht van (1) werkgeverschap, (2) het gezagscriterium, leiding en toezicht en (3) de allocatiefunctie en het Care4Care arrest. Vervolgens worden kort de verschillen tussen uitzenden en detacheren belicht, waarna het geheel in de laatste paragraaf, ter beantwoording van deelvraag 2 'Wat maakt detacheren detacheren?', wordt samengevat.

4.2 Definities van detacheren

In deze paragraaf wordt geïnventariseerd welke definities voor 'detacheren' er zoal worden gehanteerd in de literatuur en in de dagelijkse praktijk. In de jurisprudentie zijn geen definitie(s) van detacheren gevonden.[90] Er is een Europese 'Detacheringsrichtlijn',[91] die echter uitsluitend ziet op grensoverschrijdende terbeschikkingstelling van werknemers. Vreemd genoeg staat ook daar geen definitie van detacheren in.

4.2.1 In de literatuur

In het Praktijkboek Flexibele Arbeidsrelaties[92] wordt detacheren gedefinieerd als de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer, waarbij de werkgever al dan niet bedrijfsmatig zijn werknemer(s) krachtens een opdrachtovereenkomst aan een derde ter beschikking stelt om onder diens toezicht en leiding arbeid te verrichten, zonder gebruikmaking van het uitzendbeding.

Tanja en Den Hoed benoemen in *TRA* 2017/15[93] 'detacheerders' als ondernemingen die zijn gericht op de terbeschikkingstelling van hoger opgeleid personeel in sectoren als 'finance, banking en IT' om onder toezicht en leiding van de inlenende onderneming te werken. De terbeschikkingstelling is vaak langdurig en tegen hogere tarieven en salarissen, met bijbehorende (ruimte voor) investeringen in opleiding en ontwikkeling van de betrokken werknemer.

In het Panteia-onderzoek[94] wordt er het volgende over gezegd: '*Er is sprake van een driehoeksverhouding tussen opdrachtgever, detacheerder en de gedetacheerde. De detacheerder fungeert als formele werkgever, maar de opdrachtgever blijft verantwoordelijk op de werkvloer. In tegenstelling tot regulier uitzendwerk houdt einde opdracht bij detacheren niet automatisch het einde van het dienstverband in. […] Detacheringspersoneel kan via het detacheringsbureau bij verschillende opdrachtgevers worden gedetacheerd gedurende de termijn van het contract. Een detacheringscontract kan evenals een regulier contract voor bepaalde of onbepaalde tijd zijn. In tegenstelling tot uitzenden is de gedetacheerde echt in dienst van het detacheringsbureau.*'

---

[90] Diverse zoekopdrachten in uitspraken.rechtspraak.nl leveren wel veel 'hits' op maar geen definitie.
[91] Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, PbEG L18, 16-12-1996.
[92] E.M. Bevers, J.A.C. Brouwer en S.E. Heeger-Hertter, 'Detachering', in: J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer (online, actueel t/m 01-01-2021).
[93] M. Tanja & J. Den Hoed, 'De uitzendovereenkomst: een beperkende uitleg, met verruimende gevolgen' *TRA* 2017/15, 2017.
[94] '*De detacheringsmarkt voor professionals*', rapport in opdracht van de ABU, ABN-AMRO en PWC, Panteia, oktober 2018.

Zwemmer stelt in zijn proefschrift[95] dat de term 'detachering' ziet op de situatie waarin de werknemer ter beschikking wordt gesteld aan een opdrachtgever om

1. onder diens toezicht en leiding arbeid te verrichten en – anders dan bij uitzending – (a) sprake is van een meer bestendige arbeidsrelatie tussen de uitlenende werkgever en de uitgeleende werknemer en (b) de werknemer gemiddeld langer werkzaam is bij één opdrachtgever.
2. in diens bedrijf, onder het gezag van de detacherende werkgever, specialistische of hoog gekwalificeerde arbeid te verrichten waarvoor de opdrachtgever zelf niet de kennis en de vaardigheden in huis heeft.

Kortom, volgens de literatuur kwalificeert detacheren als uitzenden zoals beschreven in hoofdstuk 2, maar er zijn nogal wat verschillen met 'klassiek' uitzenden. Zo is er een meer bestendige arbeidsrelatie tussen de werknemer, die in het algemeen hoger is opgeleid, en de detacheerder, die meer dan bij 'klassiek' uitzenden investeert in de opleiding en ontwikkeling van de werknemer. De opdrachten zijn vaak langduriger van aard en de tarieven (en salarissen) zijn hoger. Er wordt geen gebruik gemaakt van het uitzendbeding: de werknemer doet meerdere achtereenvolgende opdrachten bij verschillende opdrachtgevers en wordt in de tussentijd 'gewoon' doorbetaald.

4.2.2 In de praktijk

Wat vindt 'het veld' dat detacheren is? Als branchevereniging vertegenwoordigt de VvDN de detacheringsbranche. Omdat er immers toch een mini-enquête werd gehouden onder de leden van de VvDN, is van de gelegenheid gebruik gemaakt om ze daarnaar te vragen. De respondenten is de vraag voorgelegd: '*Wat zou volgens u de definitie van detacheren moeten zijn?*'.[96] In de responses worden 83 aspecten van de definitie van detacheren genoemd.[97] Daaruit is het volgende beeld te extraheren:

> *Hoogopgeleide professionals met specifieke, specialistische kennis en kunde in een bepaald(e) vakgebied of branche hebben met de detacheerder een vaste arbeidsovereenkomst zonder uitzendbeding. Ze worden ingezet op opeenvolgende detacheringsopdrachten, met een meer langdurig karakter. Ze worden door de detacheerder aangestuurd, gecoacht en beoordeeld, gericht en doorlopend opgeleid, en begeleid in carrièreontwikkeling -voor de langere termijn en onafhankelijk van de opdracht-.*

Over toezicht en leiding wordt het volgende gezegd:

> *De opdrachtgever heeft een veel minder grote noodzaak tot toezicht houden en leiding geven dan bij uitzendkrachten. De gedetacheerden staan geheel onder toezicht en leiding van de detacheerder, of toezicht en leiding op welzijn, loopbaanontwikkeling en werkgeversverantwoordelijkheden liggen bij detacheerder en alleen organisatorisch (toezicht op dagelijkse werkzaamheden) bij de opdrachtgever.*

Hieruit valt af te leiden dat de overgrote meerderheid van de detacheerbedrijven zich, ondanks de driehoeksrelatie, beschouwt als gewone werkgever die streeft naar langdurige relaties met de werknemers. Zij vinden dat met name de ontwikkeling, (verdere) opleiding en begeleiding van de werknemers belangrijke definiërende aspecten van detacheren zijn. Daarentegen is 'leiding en toezicht' volgens de detacheerbedrijven geen geschikt definiërend criterium voor detachering. Ook relevant is dat het verlichte regime van art. 7:691 BW geen enkele keer als definiërend aspect van detacheren wordt genoemd.

---

[95] J.P.H. Zwemmer, '*Pluraliteit van werkgeverschap*' (diss. UVA), Deventer: Kluwer 2012, pg. 128 en 129.
[96] Zie par. 3.4.
[97] Zie figuur 3-2.

4.3 Detacheren en werkgeverschap

De detacheerder is werkgever, en de werknemer verricht namens deze diensten bij een opdrachtgever. Detacheerders beschouwen het invullen van de werkgeversrol als misschien wel de belangrijkste onderscheidende eigenschap van detachering ten opzichte van uitzenden. Daarnaast zijn de aard van de relatie, de mate van vrijblijvendheid en de verblijfsduur van werknemers bij de opdrachtgever belangrijk.

Behalve dat ze veelal vaste contracten hebben met hun werknemers, nemen detacheerders ook nadrukkelijk de rol van werkgever op zich. Veel detacheerbedrijven hebben een bewust beleid voor 'community-vorming'. Verder hanteren ze dus geen uitzendbeding (bij VvDN leden is dit niet toegestaan),[98] werken met vaste contracten (> 70% van de populatie) en hebben een relatief zeer hoog OTV[99] budget.[100]

Als een opdrachtgever voor een bepaalde rol een werknemer op arbeidsovereenkomst in dienst zou willen én kunnen nemen, dan zou hij dat wel doen. Detachering is bijna altijd duurder dan het op arbeidsovereenkomst in dienst nemen van diezelfde werknemers. Opdrachtgevers kiezen dan ook niet voor detachering vanwege de kosten. Wel komt het regelmatig voor dat opdrachtgevers zich gedwongen zien om gedetacheerden in te zetten, omdat er geen geschikte kandidaten solliciteren op een bepaalde vacature.

4.3.1 Het perspectief van de werknemer

Deze werknemers hebben op grond van hun maatschappelijke positie[101] geen behoefte aan regulering van hun arbeidsrelatie. Zeker 'millennials', de generatie die dit decennium de arbeidsmarkt betreedt, zijn niet gericht op een langdurig verblijf bij dezelfde werkgever in opeenvolgende ervaringsniveaus van hetzelfde werk.[102] Zij hebben wel behoefte aan een bepaalde mate van zekerheid, maar aan de andere kant willen zij bezig zijn met de inhoud en vinden ze het lastig om telkens als ze klaar zijn voor een volgende stap, te moeten solliciteren. Naast de onzekerheid die dit met zich meebrengt (telkens weer een proeftijd en eerst een contract voor bepaalde tijd) kost het ook veel tijd en moeite.

Bovendien gaat er, als een werknemer in vaste dienst bij een werkgever klaar is voor een volgende stap, in het algemeen een behoorlijke tijd overheen voordat die stap kan worden gerealiseerd. Eerst moet degene die daarover beslist worden overtuigd, dan moet zich een geschikte vacature voordoen en dan moet de werknemer ook nog 'aan de beurt' zijn ten opzichte van collega's. Als dezelfde werknemer bij een detacheerder werkt, kan op de gewenste loopbaanstap worden geanticipeerd door de werknemer, op het moment dat deze daar klaar voor is, proactief aan te bieden op passende aanvragen van andere opdrachtgevers.

Vanwege het bovenstaande is het in het belang van het detacheerbedrijf dat de werknemer maximaal inzetbaar en 'employable' is. Het goed opleiden en intensief begeleiden van de werknemers is dus ook in het belang van het detacheerbedrijf.

Met betrekking tot de beloning speelt iets soortgelijks. Het is een bekend gegeven dat in bepaalde sectoren gemiddeld betere arbeidsvoorwaarden gelden dan in andere. Bijvoorbeeld een ICT'er is bij

---

[98] Zie Bijlage 3: Factsheet VvDN.
[99] Een 'opleidingsbudget' ziet in de praktijk op zowel opleiding als training en vorming, afgekort OTV.
[100] '*De detacheringsmarkt voor professionals*', rapport in opdracht van de ABU, ABN-AMRO en PWC, Panteia, oktober 2018, pg. 33-34.
[101] Vgl. het gebruik van deze term in onder meer het Groen/Schoevers arrest: HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, *NJ* 1998/149.
[102] Er zijn talloze onderzoeken gedaan naar de drijfveren van de verschillende 'generaties' van werknemers. Zie bijvoorbeeld J. Maschino e.a. (red.), '*Perspectief op werk*', Den Haag: Achmea 2019.

een bank vaak beter af dan deze zou zijn bij een fabriek. Als salaris de doorslaggevende factor zou zijn, zouden er geen ICT'ers bij fabrieken werken. En als detacheerders te weinig betalen ten opzichte van de opdrachtgever, willen ICT'ers niet bij hen werken. Werknemers die ervoor kiezen om bij een detacheerder te gaan werken, nemen het hele arbeidsvoorwaardenpakket in hun overwegingen mee. Stabiliteit, relatief snelle groei en marktconformiteit op de lange termijn zijn daarbij doorslaggevend.

Kortom, het werken voor een detacheerbedrijf kent voor de werknemer een aantal specifieke voordelen ten opzichte van arbeidsovereenkomsten (en voor een gedeelte ook ten opzichte van ZZP of payrolling) direct bij opeenvolgende werkgevers. Die laten zich als volgt samenvatten:

- Toegang tot functies, rollen waar je zelf niet zo gemakkelijk terecht zou komen,[103] tot opdrachten die je als eenling niet kunt verwerven.[104] Niet steeds solliciteren en het niet worden.
- Loopbaan: geen 'achterstand' oplopen, CV verrijken, werkervaring opdoen bij wisselende opdrachtgevers, niet op dezelfde plek blijven hangen, zo maximaal mogelijke uitdaging.
- Groot budget voor opleiding, maar ook training en vorming. De opgedane kennis en inzichten meteen toepassen in de praktijk.
- Intensieve persoonlijke begeleiding.
- Stimulerende/motiverende omgeving, voorbeelden om je heen.
- Al het bovenstaande in combinatie met zekerheid: vast contract, vast salaris, ook bij 'leegloop', niet tijdelijk, niet vrijblijvend.

Het gegeven dat klassieke uitzendbedrijven aan bepaalde werknemers deze voordelen ook bieden doet daar niets aan af. Als ál deze punten van toepassing zijn, dus ook het laatste punt, is er feitelijk sprake van detacheren.

4.4 Detacheren en gezag: tewerkstelling vs. terbeschikkingstelling

Detacheren bevindt zich in een relatief smal, grijs gebied tussen 'klassiek' uitzenden enerzijds en contracting[105] anderzijds. In de literatuur[106] wordt wel het onderscheid gemaakt tussen 'tewerkstelling' en 'terbeschikkingstelling', waarbij het gezagscriterium het doorslaggevende criterium is. Zolang toezicht en leiding overwegend bij de werkgever (en niet bij de opdrachtgever) liggen, is sprake van tewerkstelling. Als toezicht en leiding worden gedelegeerd, is er sprake van terbeschikkingstelling en zoals we in hoofdstuk 2 gezien hebben is dat bijna altijd uitzenden in de zin van art. 7:690 BW.

Gedetacheerde werknemers worden vaak voor een langere periode bij een opdrachtgever ingezet dan uitzendkrachten. Zij zijn (of worden)[107] meestal hoger en specialistisch opgeleid. Er is dan sprake van een ander niveau van toezicht en leiding dan bij 'klassiek' uitzenden omdat deze werknemers in de regel veel autonomer zijn in hun werkzaamheden.[108]

---

[103] De opdrachtgever weet dat het detacheerbedrijf ervoor zorgt dat de werknemer goed is toegerust voor de opdracht en zo nodig wordt begeleid en ondersteund.
[104] Bijvoorbeeld vanwege het aanbestedingsrecht.
[105] Zie par. 2.7.
[106] Bijvoorbeeld E.M. Bevers, 'Begripsbepaling', in: J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer (online, actueel t/m 01-01-2021), hoofdstuk 6.
[107] Er zijn gespecialiseerde detacheerders die werknemers helpen om, naast hun fulltime werk voor opdrachtgevers van de detacheerder, in deeltijd een HBO of WO diploma te behalen (bijvoorbeeld het bedrijf van de auteur, zie www.newskool.nl) of een post-HBO/WO vakopleiding aanbieden (bijvoorbeeld Young Capital Next, zie next.youngcapital.nl).
[108] Vgl. par. 4.2.2, laatste alinea.

Kostenaspect

Het kostenaspect wordt in de literatuur[109] wel opgevoerd als een belangrijke reden voor werkgevers om 'tewerkstelling' (geen inlenersbeloning) te prefereren boven 'terbeschikkingstelling'. Dit is hier niet formeel onderzocht, maar in de praktijk blijkt[110] dit voor de meeste detacheerbedrijven geen factor van betekenis te zijn. Het wordt in de antwoorden op de enquête (zie hoofdstuk 3) ook geen enkele keer genoemd. Dat detacheerders niet goed uit de voeten kunnen met de inlenersbeloning is niet primair een kostenkwestie, maar komt veeleer doordat deze leidt tot onduidelijkheid en een grote administratieve druk, door steeds wisselende arbeidsvoorwaarden afhankelijk van de arbeidsvoorwaarden van de toevallige inlener en geldend voor de duur van een detachering.

4.5 Detacheren en de allocatiefunctie

In par. 2.6.2 is besproken wat de allocatiefunctie inhoudt en wat de constitutieve criteria zijn voor het bestaan van een allocatiefunctie. Detacheerbedrijven voldoen in ieder geval niet aan het eerste criterium: ze houden zich niet '*voornamelijk bezig met het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van tijdelijke arbeid, zoals vervanging van werknemers tijdens ziekte of andere afwezigheid, het opvangen van piekuren of soortgelijke plotselinge opkomende werkzaamheden*'. Vaak betreft het ook geen tijdelijke vraag naar arbeid; de werkzaamheden/functie die door de arbeidskracht verricht moeten worden bij de inlener zijn vaak meer structureel van aard. Detacheerbedrijven werven hun werknemers niet ter vervulling van specifieke vacatures bij hun opdrachtgevers. Ze hebben geen intercedenten en doen niet aan (actieve) bemiddeling. Er is geen mogelijkheid voor werkzoekenden om zich in te schrijven.

Kortom: detacheerbedrijven zijn geen intermediairs en hebben geen allocatiefunctie. Ze richten zich niet op het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Ze richten zich namelijk alleen op het vervullen van de vraag. Ze ontvangen aanvragen van (potentiële en bestaande) opdrachtgevers waarmee zij vaak mantelovereenkomsten hebben gesloten, en 'matchen' hun bestaande werknemers die beschikbaar zijn of binnenkort beschikbaar komen, op die aanvragen. De opdrachtgever ontvangt vrijwel altijd meerdere kandidaten van meerdere detacheerbedrijven[111] en maakt daaruit een keuze op basis van een onderlinge vergelijking van kwaliteit en prijs.

4.6 Onderscheid ten opzichte van uitzenden

Bij de behandeling in de Tweede Kamer van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in 1997 stelde de minister (in antwoord op een vraag) *'[…] dat er in de wet geen verschil is tussen uitzendarbeid en detacheren. In het spraakgebruik lopen die [begrippen] door elkaar heen, want in de wet worden geen verschillende definities gegeven voor deze begrippen'*.[112] Dat er in wet geen verschil tussen is, klopt. Dat is immers het onderwerp van dit onderzoek.

Het juridische verschil tussen detacheren en uitzenden zit hem vooral in het gebruik van het zogenoemde 'verlicht arbeidsrechtelijk regime' van art. 7:691 BW, dat in uitzendcontracten wel, en in detacheringscontracten niet wordt gebruikt. Leden van de branchevereniging van detacheerbedrijven, de Vereniging van Detacheerders Nederland (VvDN) mogen dat regime niet gebruiken.[113] In de uitzendcao werd nog tot 2014 gesproken van een detacheringsovereenkomst als geen uitzendbeding ex art. 7:691 BW was opgenomen.[114]

---

[109] Vgl. A.R. Houweling (red.) e.a., '*Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*', Den Haag: Boom juridisch 2020, 5.6.2.
[110] Zie ook par. 4.3, derde alinea.
[111] Voor aanbestedingsplichtige organisaties is dat zelfs verplicht.
[112] Handelingen II 1997-1998, 22, p. 1684.
[113] Zie Bijlage 3: Factsheet VvDN.
[114] Cao voor Uitzendkrachten 2009 – 2014, versie maart 2009, art. 1 sub f.

Detacheren behelst in vergelijking met uitzenden een veel minder vrijblijvende relatie van de werknemer met zowel de formele als de materiële werkgever. Het gaat bij detacheren vrijwel altijd om meerdere, meer langdurige plaatsingen bij opeenvolgende opdrachtgevers. Het einde van de opdracht houdt bij uitzenden *wél* en bij detacheren *niet* het einde van het dienstverband in. Ook is de aard van het werk bij detacheren in het algemeen specialistischer en er is sprake van een andere vorm van toezicht en leiding, alsmede een andere verdeling daarvan tussen de materiële en formele werkgever.

Berenschot komt in zijn bespreking[115] van het CMG-arrest[116] met een ander mooi onderscheid: bij een uitzendwerkgever is de werkzoekende de client en is het vinden van werk voor deze het doel. De detacheerder heeft de opdrachtgever als client en de werknemer is dan een middel om het doel (de opdracht) te bereiken.

4.7 Conclusie

Er bestaat noch in Nederland, noch op EU-niveau een wettelijke definitie van detacheren. Er is weliswaar een Europese Detacheringsrichtlijn maar vreemd genoeg staat daar geen definitie van detacheren in. Ook in de Nederlandse jurisprudentie komt het woord detacheren (of detachering, die termen worden door elkaar gebruikt en zijn volledig uitwisselbaar) regelmatig voor, maar het wordt nergens gedefinieerd.

We zijn dus aangewezen op de literatuur en de praktijk. Om met het laatste te beginnen: er is een branchevereniging van detacheerbedrijven, de VvDN, die echter alleen definities hanteert van de detacheerder (de werkgever) en de gedetacheerde (de werknemer). In het kielzog van de enquête die met name onder de leden van de VvDN is uitgevoerd voor het beantwoorden van de derde deelvraag, is de respondenten ook gevraagd naar hun definitie van detacheren. Daarnaast is een selectie gemaakt van definiërende beschrijvingen in de (juridische) literatuur.

Uit die bronnen is geëxtraheerd dat het bij detacheren gaat om een bestendige arbeidsrelatie tussen de uitlenende werkgever en hoogopgeleide professionals met specifieke, specialistische kennis en kunde in een bepaald(e) vakgebied of branche. Ze worden door hun werkgever ingezet op opeenvolgende detacheringsopdrachten met een meer langdurig karakter, waarvoor de opdrachtgever zelf niet de kennis en de vaardigheden in huis heeft.

Gedetacheerde werknemers hebben met de detacheerder een vaste arbeidsovereenkomst zonder uitzendbeding. Ze worden gecoacht, beoordeeld en begeleid door de detacheerder, die als formele werkgever onafhankelijk van de opdracht investeert in gerichte en doorlopende opleiding en carrièreontwikkeling voor de langere termijn.

Detacheerbedrijven hebben geen allocatiefunctie. Het zijn geen intermediairs die zich richten op het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Ze vervullen de vraag en *zijn* het aanbod.

Over toezicht en leiding bij detachering is in de literatuur geen consensus. Mogelijk is dit te wijten aan het verschil tussen het pré-Care4Care (tot 4 november 2016) en het post-Care4Care tijdperk. Opvallend is dat de praktijk er min of meer unaniem vanuit lijkt te gaan dat toezicht en leiding verdeeld kan worden tussen de detacheerder en de opdrachtgever, iets dat in de literatuur niet naar voren komt.

[115] M.A.B. Berenschot, 'De CMG-zaak: een doorbraak in het ontslagbeleid?', *ArbeidsRecht* 2003/18.
[116] Hof Den Haag 29 november 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AF1329, *Ondernemingsrecht* 2003, 6 m.nt. F.B.J. Grapperhaus (*CMG*).

5 Conclusie

5.1 Inleiding

Om te onderzoeken in hoeverre detachering zich onderscheidt van 'klassiek' uitzenden en of de 'one size fits all'-benadering van alle driehoeks-arbeidsrelaties die door de wetgever sinds het begin van dit millennium wordt gehanteerd, er wel goed op past, is de volgende onderzoeksvraag geformuleerd:

> **Is het juridisch en wetshistorisch juist dat detacheren als uitzenden wordt beschouwd of moet de kwalificatie van de uitzendovereenkomst in art 7:690 BW worden verengd?**

Om deze vraag te kunnen beantwoorden zijn in dit onderzoek drie deelvragen beantwoord, die in de volgende paragraaf achtereenvolgens worden besproken.

5.2 Deelvragen

Wat is het huidige wettelijk kader? Wat is precies het doel van de wetgever met het reguleren van driehoeks-arbeidsrelaties?

De wetgever beoogt met regulering enerzijds de allocatieve functie van uitzenden te faciliteren door het verlicht arbeidsrechtelijk regime van art. 7:691 BW, en anderzijds de uitgezonden werknemers te beschermen, door met art. 8 van de Waadi gelijke behandeling af te dwingen met vaste medewerkers van de opdrachtgever die vergelijkbare werkzaamheden uitvoeren (de zogenoemde 'inlenersbeloning'). Daarnaast is de uitzendcao, die door de minister steeds algemeen verbindend wordt verklaard, een belangrijke bron van regulering.

Nadere inventarisatie van de omvang en de consequenties van het probleem

Uit de gehouden mini-enquête blijkt dat de detacheerbedrijven geen behoefte hebben aan het verlichte arbeidsrechtelijk regime van art. 7:691 BW. Met een gemiddeld 'rapportcijfer' van 6,8 is het blijkbaar voor werkgevers in de detachering een behoorlijk groot probleem dat detacheren als uitzenden wordt beschouwd. Van de acht genoemde aspecten van de regulering van uitzenden (en dus van detacheren), worden er 2 als (bijna) neutraal en 6 als nadelig beschouwd, waaronder ook de aspecten die nadelig voor de werknemers zijn. Met andere woorden: niemand is er blij mee.

Omdat uit de mini-enquête duidelijk blijkt dat de nadelen (bijvoorbeeld de inlenersbeloning, Stipp), de voordelen ruimschoots overtreffen en zelfs sommige gepercipieerde voordelen als nadelen worden gezien,[117] kan de conclusie worden getrokken dat het voor de werkgevers in de detachering beter zou zijn als detacheren niet als uitzenden zou worden beschouwd en dat dat (in elk geval vanuit het perspectief van de detacheerders) ook voor de werknemers geldt.

Wat maakt detacheren detacheren?

Er bestaat geen wettelijke definitie van detacheren. Uit het onderzoek komt naar voren[118] dat, omdat detacheerders zich niet richten op het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, bij detacheren geen sprake is van een allocatiefunctie, maar wel van een driehoeksrelatie in de zin dat hoger opgeleide werknemers van het detacheerbedrijf met een (meestal) vaste arbeidsovereenkomst zonder uitzendbeding, worden ingezet bij opeenvolgende opdrachtgevers, in het algemeen voor langere tijd. Over 'toezicht en leiding' wordt in dit kader verschillend gedacht, maar het is, voornamelijk

[117] Zie par 3.4.3 en in het bijzonder figuur 3-5.
[118] Par. 4.5.

vanwege de aard van het werk en de aard van de relatie tussen werknemer en uitlener[119], duidelijk anders verdeeld tussen de materiële en functionele[120] werkgever dan bij 'klassiek uitzenden'.

5.3 Is het juridisch en wetshistorisch juist?

Uit het onderzoek blijkt dat detacheerbedrijven geen allocatiefunctie vervullen omdat zij zich niet bezighouden met het aan elkaar koppelen van werkzoekenden en (potentiële) werkgevers. Zij zijn zelf werkgevers en geen intermediairs.

De wetgever beoogt met het verlicht arbeidsrechtelijk regime van art. 7:691 BW de allocatieve functie van uitzenden te faciliteren. Hoewel blijkens de parlementaire geschiedenis bewust is gekozen voor '*een uniforme wettelijke regeling voor […] het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, zoals: uitzenden, uitlenen, detacheren […]*', [121] is die keuze nauwelijks onderbouwd.[122] Mede onder invloed van het Care4Care arrest[123] is 'uitzendovereenkomst' een containerbegrip geworden dat veel meer dan de bedoelde lading dekt. Voor alle vormen van 'ter beschikking stellen van arbeidskrachten' die géén allocatieve functie vervullen, is toegang tot het verlicht arbeidsrechtelijk regime overbodig en ongewenst. De Raad van State had daar al voor gewaarschuwd[124] en het wordt nog eens onderstreept door de reactie van de wetgever op het Care4Care arrest. Blijkbaar is 'one size' toch niet passend 'for all' nu payrolling met de aanvullende artikelen 7:692 en 7:692a BW, vooral vanwege het ontbreken van de allocatiefunctie,[125] alsnog is uitgesloten van het verlichte arbeidsrechtelijk regime.

De Waadi beoogt gelijke behandeling van werknemers te borgen, maar gelijke behandeling is niet persé synoniem met 'altijd precies dezelfde beloning'. Dat een werknemer meer of minder verdient dan een andere werknemer die hetzelfde werk doet, is op zichzelf ook helemaal niet uitzonderlijk,[126] maar in het geval van 'klassiek uitzenden' ligt het voor de hand om (bijvoorbeeld om oneigenlijk gebruik het van verlicht arbeidsrechtelijk regime tegen te gaan) gelijke behandeling *met werknemers van de opdrachtgever* na te streven door toepassing van de inlenersbeloning.[127] Dat daardoor weer (potentieel onrechtvaardige) verschillen ontstaan tussen werknemers van dezelfde werkgever (de uitlener), die precies hetzelfde werk doen bij verschillende opdrachtgevers, is vanwege de aard van de relatie tussen de werkgever en de uitgeleende werknemer, in dat geval minder relevant.

Dat is anders als er geen sprake is van een verlicht arbeidsrechtelijk regime, zeker als de werknemer een vast contract heeft bij de uitlener (het detacheerbedrijf). Uit de mini-enquête blijkt dat, volgens hun werkgevers, werknemers in de detachering op grond van hun maatschappelijke positie geen behoefte hebben aan regulering van hun arbeidsrelatie.[128] Ze kiezen ervoor voor een detacheerbedrijf te werken in plaats van voor een regulier bedrijf. Als de arbeidsvoorwaarden van het detacheerbedrijf niet goed genoeg zijn, stappen ze over naar een andere werkgever. De detacheerbedrijven zeggen juist hun best te doen om deze werknemers te behouden. Ze worden gecoacht, beoordeeld en begeleid door de detacheerder, die als formele werkgever onafhankelijk van de opdracht investeert in gerichte en doorlopende opleiding en carrièreontwikkeling voor de langere termijn. Hoewel zij zonder

[119] Zie par. 4.2.2 en par 4.6, derde alinea.
[120] Zie par.2.6.1.
[121] Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 10.
[122] Zie uitgebreid par. 2.6.2.
[123] HR 04 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *NJ* 2017/370 m.nt. E. Verhulp, *TRA* 2017/8 m.nt. D.J. Buijs, *JAR* 2016/286 m.nt. E. Knipschild (*Stipp/Care 4 Care*).
[124] Kamerstukken II 1996/97, 25263, B, p. 9.
[125] Art. 7:692 BW tot 'en'.
[126] Zie par 4.3, voorlaatste alinea.
[127] Art. 8 lid 1 Waadi en art. 16 van de uitzendcao.
[128] Zie par. 4.3.

meer aan de constitutieve vereisten[129] voldoen, is dan ook de stelling verdedigbaar dat detacheerbedrijven niet de doelgroep van de Waadi zijn.

Alles overwegende kan uit het onderzoek worden geconcludeerd dat het **juridisch en wetshistorisch onjuist is dat detacheren als uitzenden wordt beschouwd** en dat **de kwalificatie van de uitzendovereenkomst in art 7:690 BW moet worden verengd.**

5.4 Nadere regeling voor het meer bestendige in- en uitlenen van personeel door detacheerbedrijven

Er zijn, zoals altijd, meerdere wegen die naar Rome leiden. Aan de problemen rondom het kwalificeren van detacheren als uitzenden, die in dit onderzoek boven water zijn gehaald, kan op verschillende manieren het hoofd worden geboden. Zo was er tot en met de voorlaatste versie van de uitzendcao, een aparte regeling voor uitzendovereenkomsten van onbepaalde duur.[130] Met het antwoord op de hoofdvraag dat '*de kwalificatie van de uitzendovereenkomst in art 7:690 BW moet worden verengd*' ligt het voor de hand om, overeenkomstig het eerste deel van het advies van Raad van State uit 1997[131], de definitie van art. 7:690 BW zo aan te passen dat '*het meer bestendige in- en uitlenen van personeel door detacheerbedrijven*' daar niet meer onder valt. Detachering is dan een 'gewone' arbeidsrelatie.[132] De mogelijk vergaande consequenties daarvan dienen nader te worden onderzocht, maar dat valt buiten het bereik van dit onderzoek.

Met meer overzichtelijke consequenties kan wel het tweede deel van dat advies van de Raad van State alsnog worden opgevolgd door, zoals Zwemmer dat in verschillende publicaties formuleert,[133] '*een nadere regeling in het leven te roepen voor het meer bestendige in- en uitlenen van personeel door (uitleen- of) detacheerbedrijven*'.

Op die manier kunnen de kool én de geit worden gespaard: de door de detacheerbedrijven als onnodig en knellend ervaren beperkingen[134] worden vermeden, zonder de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever (facilitering van de allocatiefunctie in combinatie met de bescherming van 'klassiek' uitgezonden werknemers) te doorkruisen.

Zo'n nadere regeling is eerder in het leven geroepen voor payrolling.[135] Het lijkt voor de hand te liggen om daarbij aansluiting te zoeken. Echter, de wetgever heeft ervoor gekozen[136] de payrollovereenkomst te definiëren als een *bijzondere uitzendovereenkomst*.[137] Een uitzondering op de uitzondering dus.

De uitkomst van dit onderzoek wijst, net als de Raad van State in 1997 al deed, meer in de richting van een nadere regeling voor het meer bestendige in- en uitlenen van personeel door detacheerbedrijven, naast de uitzendrelatie 'in enge zin'.

---

[129] Zie par. 2.5.2.
[130] Zie par. 2.5.1 *in fine.*
[131] Kamerstukken II 1996/97, 25263, B, p. 9.
[132] Het advies van de commissie Borstlap (Kamerstukken II 2019/20, 29544, 970) wordt door sommigen wel zo uitgelegd. Zie ook het slotwoord.
[133] zie Bijlage 1: Bronnenlijst
[134] Zie uitgebreid hoofdstuk 3.
[135] Art. 7:692 BW.
[136] De onderbouwing van die keuze valt buiten het bereik van dit onderzoek.
[137] De constitutieve criteria voor de payrollovereenkomst zijn het ontbreken van (1) de allocatiefunctie en (2) de bevoegdheid van de functionele werkgever om de werknemer elders te werk te stellen. Het tweede criterium is zeer specifiek voor de payroll-arbeidsrelatie en is bij detachering niet aan de orde.

Om te beginnen is dus een wettelijke definitie van het begrip detacheren noodzakelijk. Die zou als volgt kunnen luiden:[138]

> ***Detacheren*** *is een arbeidsrelatie waarbij een* ***werknemer*** *in het kader van de normale bedrijfsuitoefening van zijn* ***werkgever****, krachtens aan de werkgever verstrekte opdrachten, ter beschikking wordt gesteld aan achtereenvolgende* ***opdrachtgevers*** *om arbeid te verrichten waarbij, anders dan bij een uitzendovereenkomst, geen sprake is van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt en waarbij geen beroep wordt gedaan op de faciliteiten van art. 7:691 BW.*

Om aan te sluiten bij de stijl van titel 7.10 van het BW kan ook worden gekozen voor het definiëren van een bijzondere arbeidsovereenkomst:

> *De* ***detacheringsovereenkomst*** *is de arbeidsovereenkomst waarbij de* ***werknemer*** *in het kader van de normale bedrijfsuitoefening van zijn* ***werkgever****, krachtens aan de werkgever verstrekte opdrachten, ter beschikking wordt gesteld aan achtereenvolgende* ***opdrachtgevers*** *om arbeid te verrichten waarbij, anders dan bij de uitzendovereenkomst, geen sprake is van een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt en waarbij geen beroep kan worden gedaan op de faciliteiten van art. 7:691 BW.*

In het kader van de Waadi, waar immers het begrip 'uitzenden' niet in voorkomt,[139] zou implementatie van het facultatieve lid 2 van art. 5 van de Uitzendrichtlijn[140] onderdeel van de nadere regeling uit kunnen maken, door middel van een bepaling dat -kort gezegd- de inlenersbeloning niet van toepassing is bij detacheringsovereenkomsten van onbepaalde duur.

Dit kan volgens goed Nederlands gebruik ook op grond van art. 8 lid 4 Waadi[141] bij cao worden geregeld. Een aparte cao voor detacheerbedrijven die zo'n bepaling bevat is overigens reeds in voorbereiding.[142] De werkingssfeer van zo'n cao kan door de bovenstaande definitie worden bepaald.

5.4.1 Consequenties en voorkoming oneigenlijk gebruik

Onder deze 'nadere regeling' is een detacheringsovereenkomst dus, net als de uitzendovereenkomst, een bijzondere arbeidsovereenkomst.[143] Er is bij detacheren geen verlicht arbeidsrechtelijk regime (de ketenregeling van art. 7:668a BW is gewoon van toepassing en een uitzendbeding is niet toegestaan) en de uitzendcao is ex art. 1 jo. art. 2 sub n, niet van toepassing. Er is (al dan niet uitsluitend bij detacheringsovereenkomsten van onbepaalde duur) ook geen sprake van inlenersbeloning.

Voorkomen moet worden dat de door de wetgever beoogde bescherming van werknemers met oneigenlijk gebruik van zo'n regeling wordt uitgehold.

Uitzendbeding

Een malafide uitzendbureau zou bijvoorbeeld door uitsluitend gebruik te maken van detacheringsovereenkomsten 'voor de duur van het project', kunnen bereiken dat de arbeidsovereenkomst eindigt als de opdracht eindigt, waardoor als het ware toch een uitzendbeding geldt.

Iets dergelijks kan worden bereikt door de detacheringsovereenkomst bij het einde van de opdracht op te zeggen met een beroep op art 7:669, op grond van lid 3 sub a ('economische redenen'). Met iets

---

[138] Zie par. 3.4.1. Omdat, anders dan bij de uitzendovereenkomst, het criterium 'toezicht en leiding' (zie par. 2.6.1) geen onderscheidend criterium is voor detacheren, komt die term in deze definitie niet voor.
[139] Zie par. 2.5.2.
[140] Zie par. 2.3.2.
[141] Dit is de Nederlandse implementatie van art. 5 lid 3 van de Uitzendrichtlijn.
[142] Zie onder meer par. 3.1.
[143] Vgl. naast de uitzendovereenkomst ook de overeenkomst van handelsvertegenwoordiging (art. 7:687 e.v. BW) en de zee-arbeidsovereenkomst (art. 7:694 e.v. BW).

meer fantasie kunnen eventueel ook sub g. (verstoorde arbeidsverhouding), h. (voortzetting kan in redelijkheid niet worden gevergd) of i. (combinatiegrond) op een vergelijkbare manier worden misbruikt. Daarvoor is weliswaar tussenkomst van respectievelijk het UWV (sub a) of de kantonrechter vereist, maar niet kan worden uitgesloten dat zo'n route voor een malafide werkgever economisch voordeel oplevert.

Het oneigenlijk inzetten van detacheringsovereenkomsten met een feitelijk uitzendbeding kan worden voorkomen door de nadere regeling aan te vullen met de bepalingen dat (1) niet mag worden overeengekomen dat het einde van de opdracht samenvalt met het einde van de detacheringsovereenkomst voor bepaalde duur, (2) dat detacheringsovereenkomsten 'voor de duur van het project' niet zijn toegestaan en (3) door de werking van art. 7:669 lid 3 sub a (en eventueel sub g, h en i) te beperken in de zin dat het einde van de opdracht daar niet aan ten grondslag mag worden gelegd.

Gelijke behandeling

In zeer ongunstige economische omstandigheden met hoge werkloosheid is het denkbaar dat werkgevers vast personeel proberen te vervangen door goedkopere inhuurkrachten. Door de oneigenlijke toepassing van de detacheringsovereenkomst kan dan de gelijke behandeling worden omzeild.

Ter borging van de door de wetgever beoogde gelijke behandeling kan in plaats van de inlenersbeloning een marktconformiteitstoets worden toegepast vergelijkbaar met art. 8 lid 2 Waadi, met het belangrijke verschil dat de vergelijking dan moet worden gemaakt met gelijke of gelijkwaardige functies *in het vakgebied waarin de ingeleende werknemer werkzaam is*. Dit leidt er overigens wel toe dat werknemers met een detacheringsovereenkomst dan mogelijk beter af zouden zijn dan werknemers van de inlenende onderneming, wat weer ten koste gaat van de gelijke behandeling.

5.5 Slotwoord

Politiek staat modernisering van het arbeidsrecht anno voorjaar 2021 duidelijk op de agenda. Verschillende partijen hebben aangegeven onder meer het rapport van de commissie Borstlap[144] mee te willen nemen in de formatieonderhandelingen. Daarnaast heeft men ook nog de beschikking over WRR Rapport 102, 2020: '*Het Betere Werk*'[145] en, last but not least, het '*Wetboek van Werk 2025*' van VAAN-VvA.[146]

Op basis van die stukken zou zomaar nieuw recht gevormd kunnen worden, zonder erkenning van detachering als eigenstandige vorm van arbeidsrelatie. Niet iedereen is ervan overtuigd dat dat een echt, dan wel significant probleem is, maar uit de mini-enquête van hoofdstuk 3 komt naar voren dat het in ieder geval de moeite waard is dat de detacheerbedrijven proberen aan de formatietafel vertegenwoordigd te zijn. Hopelijk kunnen de uitkomsten van dit onderzoek bijdragen aan de onderbouwing van het argument dat het niet kwalificeren van detacheren als uitzenden tegen een betrekkelijk geringe inspanning, economisch en ander voordeel oplevert. Dat daardoor bovendien een bijdrage wordt geleverd aan het verbeteren van de 'trefzekerheid' van de arbeidswetgeving in Nederland is dan mooi meegenomen.

---

[144] '*In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*', Eindrapport van de Commissie Borstlap, Kamerstukken II 2019/20, 29544, 970.
[145] '*Het betere werk: de nieuwe maatschappelijke opdracht*', WRR Rapport 102, 2020.
[146] A.R. Houweling (red.), '*VAAN-VvA expertgroep, Wetboek van Werk 2025 (concept design)*', VAAN-VvA, juni 2019.

Bijlage 1. Bronnenlijst

Literatuur

J.H. Bennaars, '*Position Paper verduidelijken gezagscriterium*', Position paper op verzoek van het ministerie van SZW, 24 augustus 2018.

M.A.B. Berenschot, 'De CMG-zaak: een doorbraak in het ontslagbeleid?', *ArbeidsRecht* 2003/18.

E.M. Bevers, 'Begripsbepaling', in: J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer (online, actueel t/m 01-01-2021), hoofdstuk 6.

E.M. Bevers, J.A.C. Brouwer en S.E. Heeger-Hertter, 'Detachering', in: J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer (online, actueel t/m 01-01-2021).

G. Boot, '*Onduidelijkheden met betrekking tot het gezagscriterium bij het definiëren van de arbeidsovereenkomst'*, Position paper op verzoek van het ministerie van SZW, 24 augustus 2018.

'*De detacheringsmarkt voor professionals*', rapport in opdracht van de ABU, ABN-AMRO en PWC, Panteia, oktober 2018.

P. Donker van Heel e.a., '*Driehoeksrelaties. De relatie met de Wet Allocatie Arbeidskrachten door Intermediairs (Waadi) en de Wet Flexibiliteit en Zekerheid (Wfz)*' Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, De Beleidsonderzoekers, februari 2020.

'*Drivers & barriers van ZZP / IP dienstverlening vanuit opdrachtgevers*', rapport in opdracht van de ABU, Raphaels, december 2017.

R.A.A. Duk, '*Position paper inzake gedragscriterium in in art. 7:610 BW'.* Position paper op verzoek van het ministerie van SZW, 24 augustus 2018.

R.A.A. Duk, 'Regulering van Werk en wat daarbij mis gaat', *TAC* 2020/1, p. 8.

F.B.J. Grapperhaus, 'Afdeling 11. Bijzondere bepalingen ter zake van de uitzendovereenkomst' in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

'*Het betere werk: de nieuwe maatschappelijke opdracht',* WRR Rapport 102/2020, december 2019.

A. Heyma e.a., '*De positie van uitzendwerknemers Ontwikkelingen 1998 – 2019*', Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, SEO Economisch Onderzoek, februari 2020.

A.R. Houweling (red.), '*VAAN-VvA expertgroep, Wetboek van Werk 2025 (concept design)*', VAAN-VvA, juni 2019.

A.R. Houweling, 'De Groene Amsterdammer in een November Rain. Over de bedoeling van partijen bij de kwalificatievraag in het arbeidsrecht', *AR Updates* 2020-1345, Den Haag: Boom juridisch 2020.

A.R. Houweling (red.) e.a., '*Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*', Den Haag: Boom juridisch 2020.

'In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk', Eindrapport van de Commissie Borstlap, Kamerstukken II 2019/20, 29544, nr. 970, januari 2020.

Kabinetsreactie op de Commissie Regulering van Werk en het WRR-rapport 'Het Betere Werk', Brief 11 november 2020, Kamerstukken II, 2020/21, 29544, nr. 1028.

T. Koopmans, ‘*De begrippen werkman, arbeider en werknemer*‘ (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: Samsom 1962, p. 296.

J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), ‘*Flexibele arbeidsrelaties*’, Deventer: Wolters Kluwer (online, actueel t/m 01-01-2021).

J. Maschino e.a. (red.), ‘*Perspectief op werk*’, Den Haag: Achmea 2019.

A. Megens, ‘De drie meest urgente arbeidsmarktvraagstukken volgens AWVN’, *awvn.nl*, 2 maart 2021, online.

J.M. van Slooten, M.S.A. Vegter en E. Verhulp (red.), ‘*Tekst & Commentaar Arbeidsrecht’* elfde druk, Deventer: Wolters Kluwer 2020 (online, bijgewerkt tot en met 1 juli 2020).

M. Snel, ‘De ‘goede’ onderzoeksopzet als succesfactor voor de juridische scriptie’, *Ars Aequi*, september 2017.

M. Tanja & J. Den Hoed, ‘De uitzendovereenkomst: een beperkende uitleg, met verruimende gevolgen’ *TRA* 2017/15, 2017.

M. Tanja, ‘Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs’, in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

‘*Technische beleidsvarianten ter verdere invulling van het advies van de Commissie Regulering van werk - aanvulling najaar 2020*’, Bundel 11 november 2020, Kamerstukken II 2020/21, 29544, nr. 1031, bijl. 957111.

L.G. Verburg, 'De uitzendwereld na C4C: bespiegelingen over heden en toekomst', *ArA* 2017-1, p. 92.

E. Verhulp, ‘*Onduidelijkheden met betrekking tot het gezagscriterium bij het definiëren van de arbeidsovereenkomst’*, Position paper op verzoek van het ministerie van SZW, 24 augustus 2018.

E. Verhulp, ‘Afdeling 7.10.11, Burgerlijk Wetboek’, in: *T&C Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

E. Verhulp, ‘Hoofdstuk 3. Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi)’, in: *T&C Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

‘VvDN Markt Monitor Q4 + Jaarupdate 2020’, vvdn.nl, 10 februari 2021 (online).

J.P.H. Zwemmer, ‘*Pluraliteit van werkgeverschap*’ (diss. UVA), Deventer: Kluwer 2012.

J.P.H. Zwemmer, ‘Artikel 7:690 BW’, in: F. van de Pol, T. Beumers, C. de Kluiver, M. Overheul, & L. Trapman (red.), *Vijftig weeffouten in het BW: Een ode aan het Burgerlijk Wetboek, ter ere van zijn 25-jarig bestaan* (p. 327-335), Ars Aequi Libri 2017.

J.P.H. Zwemmer, 'Het Care4Care-arrest en de olievlekwerking van artikel 7:690 BW', *Tijdschrift voor Ontslagrecht* aflevering 1, 2017, Boom Juridisch (online), p. 35 onder 4.1.

J.P.H. Zwemmer, ‘De uitzendkracht, de gedetacheerde en de payrollwerknemer’, In: G. W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke themata - Bijzondere arbeidsverhoudingen,* (2e ed.), p. 707-753, Den Haag: Boom juridisch 2017.

J.P.H. Zwemmer, ‘*Onduidelijkheden gezagscriterium bij kwalificatie arbeidsovereenkomst’*, Position paper op verzoek van het ministerie van SZW, 24 augustus 2018.

J.P.H. Zwemmer, ‘De drie rijbanen van de Commissie Borstlap’, *TAC* 2020/1, p. 3.

Jurisprudentie

HR 27 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0771, *NJ* 1993/273 m.nt. P.A. Stein.
HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1397, *NJ* 1994/757 m.nt. P.A. Stein (*Imam*).
HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, *NJ* 1998/149 (*Groen/Schoevers*).
Hof Den Haag 29 november 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AF1329, *Ondernemingsrecht* 2003, 6 m.nt. F.B.J. Grapperhaus (*CMG*).
HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, *NJ* 2007/449, m.nt. Verhulp (*STR/PGGM*).
HvJ EU 11 november 2010, ECLI:EU:C:2010:674 (*Danosa*).
HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, *NJ* 2011/594 m.nt. Verhulp, *JAR* 2011/109 m.nt. Loonstra (*De Gouden Kooi*).
HR 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3019, *JAR* 2015/277 m.nt. De Jong, *NJ* 2016/276 m.nt. A.R. Houweling.
Rb. Gelderland 4 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6807, *JAR* 2015/303 m.nt. J.P.H. Zwemmer.
HR (A-G) 15 april 2016, ECLI:NL:PHR:2016:238.
HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *NJ* 2017/370 m.nt. E. Verhulp, *TRA* 2017/8 m.nt. D.J. Buijs, *JAR* 2016/286 m.nt. E. Knipschild (*Stipp/Care 4 Care*).
HvJ EU, 17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883, *AR Updates* 2016/1322 (*Ruhrlandklinik*).
HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757, *NJ* 2017/371 m.nt. E. Verhulp.
Hof Den Haag 25 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1034, *JAR* 2017/169.
Hof Amsterdam 12 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3723, *JAR* 2017/267 (*Percival*).
HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:312, *JAR* 2020/05 m.nt. J.P.H. Zwemmer (*Taxi Dorenbos*).
HR (A-G) 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, *RSV* 2020/184 m.nt. J.H. Ermers. (*X/Gemeente Amsterdam*).
Rb. Noord-Nederland (kantonrechter) 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3465, *JAR* 2021/7, m.nt. J.P.H. Zwemmer.
HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, *V-N* 2020/59.8 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws en Rb. Noord-Holland 17 december 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:11632, *AR-Updates.nl* 2021/0218 (*directeur Werkvoorziening*).
Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, *AR-Updates.nl* 2021/0171 m.nt. J.H. Bennaars.
HR 19 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:413, *NJB* 2021/913 en HR (A-G) 16 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:958. Cassatie n.a.v. Hof Den Bosch 20-08-2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3098, *JAR* 2019/239 m.nt J.W. Zwemmer (*Kippenslachterij)*.
HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527, *AR Updates* 2021/429 (*Booking.com*).

Parlementaire geschiedenis

Kamerdossier 25263 (Wet Flexibiliteit en Zekerheid).
Kamerdossier 29544 (Arbeidsmarktbeleid).
Kamerdossier 35074 (Wet Arbeidsmarkt in Balans).
Kamerstukken II 1963/64, 7737, 3, p. 6.
Kamerstukken II 1993/94, 23438, 3, p. 13-14.
Kamerstukken II 1995/96, 24543, 1-2, STAR publ. nr. 2/96 (nota Flexibiliteit en Zekerheid).
Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3.
Kamerstukken II 1996/97, 25263, B.
Kamerstukken II 1996/97, 25264, 5.
Handelingen I 1997/98, 29, p. 1508 – 1526.
Handelingen II 1997/98, 15, p. 1101-1134.
Handelingen II 1997/98, 18, p. 1352-1372.
Handelingen II 1997/98, 22, p. 1668-1687.
Handelingen II 1997/98, 25, p. 1912-1915.
Kamerstukken II 2010/11, 32895, 3.

Kamerstukken II 2018/19, 31311, 212, bijl. 866228 (‘Beoordeling gezagsverhouding’).
Kamerstukken II 2018/19, 35074.
Kamerstukken II 2018/19, 35074, 3.
Kamerstukken II 2019/20, 29544, 970.
Kamerstukken II 2020/21, 29544, 1028.
Kamerstukken II 2020/21, 29544, 1031, bijl. 957111.

Overige bronnen

Cao voor Uitzendkrachten 2009 – 2014, versie maart 2009.
Cao voor Uitzendkrachten 2017 – 2019, versie september 2019.
Cao voor Uitzendkrachten 2019 – 2021, versie januari 2021.
VvDN Markt Monitor Q4 + Jaarupdate 2020, vvdn.nl, 10 februari 2021, (online).

Bijlage 2. Vragenlijst enquête

De respondent

1. Vanuit welke capaciteit vult u deze enquête in?

Bent u bijvoorbeeld ondernemer of manager van een detacheerder, hebt u ervaring met gedetacheerd worden, bent u een gespecialiseerd jurist? Of anders?

- ☐ Jurist met specifieke kennis van, of ervaring met driehoeks-arbeidsrelaties
- ☐ Ondernemer of manager van een detacheerder, mét juridische ervaring (maar geen jurist).
- ☐ Ondernemer of manager van een detacheerder, zonder juridische ervaring.
- ☐ Niet gedetacheerde specialist (geen jurist) bij een detacheerder (HR, Commercieel, etc.).
- ☐ Gedetacheerde / ervaring met gedetacheerd worden
- ☐ anders namelijk…

2. Is het voor u een probleem dat detacheren als uitzenden wordt beschouwd?

Ik heb daar nauwelijks last van									Ik kan zo niet werken
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
○	○	○	○	○	○	○	○	○	○

Wat is detacheren?

De (wettelijke) definitie van UITZENDEN is dat "…de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde".

3. Wat zou volgens u de definitie van DETACHEREN moeten zijn?

_____

_____

_____

Andere vormen van driehoeks-arbeidsrelaties

Er zijn andere vormen van driehoeks-arbeidsrelaties waar in essentie wel voornamelijk medewerkers ter beschikking worden gesteld aan opdrachtgevers maar kennelijk de uitzendcao, Stipp, en/of de inlenersbeloning niet worden toegepast. Bijvoorbeeld niet-gespecialiseerde consultants, interim 'managers', maar ook trainees.

4.
Kent u hier voorbeelden van? Welke? _____

Op welke grond(en) baseren zij zich? _____

Zijn daar voor zover u weet procedures over geweest? _____

Afweging voordelen en nadelen

Dat detacheren als uitzenden wordt beschouwd brengt voor de detacheerder een aantal rechten en plichten met zich mee. In hoeverre zorgen naar uw mening de volgende rechten en plichten vanuit het perspectief van de detacheerder voor een voordeel, dan wel een belemmering bij detachering? N.b. voor deze enquête geldt payrolling niet als detachering.

5.

Vanuit het perspectief van een DETACHEERDER is dit een

heel groot nadeel — heel groot voordeel

	1	2	3	4	5	6	7	8	9
a. de inlenersbeloning	○	○	○	○	○	○	○	○	○
b. doorbetalen tijdens 'bankzitten'	○	○	○	○	○	○	○	○	○
c. de Waadi	○	○	○	○	○	○	○	○	○
d. Stipp	○	○	○	○	○	○	○	○	○
e. de uitzendcao in het algemeen	○	○	○	○	○	○	○	○	○
f. het uitzendbeding	○	○	○	○	○	○	○	○	○
g. meer tijdelijke contracten	○	○	○	○	○	○	○	○	○
h. 'niet werken / geen loon'	○	○	○	○	○	○	○	○	○
i. Anders, namelijk 1	○	○	○	○	○	○	○	○	○
j. Anders, namelijk 2	○	○	○	○	○	○	○	○	○

Doeltreffendheid

De wettelijke regels en de cao zijn bedoeld ter bescherming van werknemers die in een kwetsbare of zwakke positie staan ten opzichte van werkgevers en moeten zorgen voor gelijke behandeling van werknemers (gedetacheerde werknemers mogen niet minder bescherming genieten dan werknemers van de opdrachtgever). Deze vragen gaan over uw gedetacheerde werknemers (of de gedetacheerde werknemer(s) waar u uw antwoorden op baseert):

6. <u>Hebben zij volgens u behoefte aan / voordeel van de verplichte bescherming / gelijke behandeling?</u>
   - ☐ Ja
   - ☐ nee - kunt u dat kort motiveren?
7. <u>Hebben zij er volgens u nadeel van?</u>
   - ☐ ja - waar bestaat dat nadeel uit?
   - ☐ Nee

Bijlage 3. Factsheet VvDN